

Die thurgauische Gemeindeautonomie

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

FRIEDRICH SCHALTEGGER

von Holzhäusern TG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Kägi

Zürich 1952

Juris-Verlag

Die thurgauische Gemeindeautonomie

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

FRIEDRICH SCHALTEGGER

von Holzhäusern TG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Kägi

Zürich 1952

Juris-Verlag

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1951.

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiss.



Dem Andenken meines Vaters



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507220_0020

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1. Einleitung	11
§ 2. Geschichtliche Entwicklung	12
I. Von den Anfängen bis 1798	12
II. Von der Helvetik bis zur Gegenwart	14

Erster Abschnitt: GRUNDLAGEN

§ 3. Begriff der Gemeinde	19
I. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft	19
1. Die Gemeinde — eine Korporation	19
2. Die Gemeinde — Trägerin obrigkeitlicher Gewalt	20
3. Die Gemeinde — ein vom Staat verschiedenes Rechts- subjekt	20
II. Die Gemeinde als autonomer Selbstverwaltungskörper	21
§ 4. Begriffe: Autonomie und Selbstverwaltung	22
I. Begriff der Gemeindeautonomie	22
II. Begriff der Selbstverwaltung	26
§ 5. Begriff der Staatsaufsicht	33

Zweiter Abschnitt:

DIE GEMEINDEAUTONOMIE DES THURGAUISCHEN RECHTS

§ 6. Inhalt der Gemeindeautonomie	36
I. Institutionelle Garantie	36
II. Verfassungsautonomie	37
1. Ausscheidung der Aufgaben verschiedener Gemeinden	39
2. Bestimmung der inneren Organisation der einzelnen Gemeinde	42
A. Die Organe der Gemeinde	43
B. Die Normsetzung in der Gemeinde	48
III. Verwaltungsautonomie	50
1. Allgemeines	50
2. Anwendungsgebiete	51
A. Die Finanzverwaltung	51
B. Polizeibefugnisse	53
C. Verleihung des Bürgerrechts	53
D. Die Gemeindeanstalten	56
IV. Rechtsprechungskompetenzen	57

§ 7. Schranken der Gemeindeautonomie	58
§ 8. Die Staatsaufsicht	60
I. Die Aufsichtsorgane	60
1. Bezirksrat	60
2. Regierungsrat	61
3. Grosser Rat	61
II. Die Aufsichtsmittel	61
III. Die Beschwerde	66
§ 9. Rechtsschutz der Gemeindeautonomie	67
I. Der kantonale Rechtsschutz	67
II. Der bundesrechtliche Rechtsschutz	68
1. Materielle Voraussetzungen	68
2. Formelle Voraussetzungen	72

Dritter Abschnitt: DIE GEMEINDEGARANTIE

§ 10. Bestand der Gemeinde	75
I. Garantie der Institution	75
II. Garantie der Existenz der einzelnen Gemeinde	76
III. Garantie des Gebietes der einzelnen Gemeinde	77

Vierter Abschnitt:

DER THURGAUISCHE GEMEINDEDUALISMUS

Einleitung	78
§ 11. Die Ortsgemeinde	78
§ 12. Die Munizipalgemeinde	79

L I T E R A T U R

- Althaus René:** Die Unterabteilungen der Gemeinde im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1949.
- Bernheimer Ruth:** Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichts, Diss. Zürich 1930.
- Birchmeier Wilhelm:** Ueber die Legitimation des Staates, der Gemeinden und der Behörden zur staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht, in ZBl 51 S. 121 ff.
- Blumenstein Ernst:** Schweizerisches Steuerrecht, Tübingen 1926.
- Böckli Erich:** Die Bürgergemeinde im Kanton Thurgau nach dem Gesetzesentwurf vom 4. April 1944, Diss. Bern 1948.
- Bühler Eugen:** Der thurgauische Gemeindegliederungs, Diss. Entwurf, Fribourg.
- Bühler Roland:** Zürcherische Gemeindebauordnungen, Diss. Zürich 1932.
- Bühler Werner:** Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtlichem Institut, Diss. Zürich 1928.
- Burckhardt Walter:** Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931.
- Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.
- Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1944.
- Bütikofer Gottfried:** Die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, Diss. Zürich 1950.
- Elster Alexander:** Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hg. von A. Elster u. Fritz Stier-Somló; vor allem Bd. II. Berlin u. Leipzig 1927.
- Engeler Oskar:** Recht und Verwaltung im thurgauischen Gemeindefinanzwesen, Diss. Fribourg 1932.
- Favre Antoine:** L'évolution des droits individuels de la Constitution, Korreferat zum schweiz. Juristentag 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 291a ff.
- Fisch Hermann:** Das neue thurgauische Gemeindegesetz, in ZBl 1946 (47) S. 81 ff.
- Fleiner Fritz:** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.
- Gasser Adolf:** Geschichte der Volksfreiheit und Demokratie, Aarau 1939.
- Gemeindefreiheit als Rettung Europas, 2. Aufl. Basel 1947.
- Die schweizerische Gemeinde im alten und im neuen Bund, in «Die Schweiz. Ein nationales Jahrbuch» 19 (1948), S. 92 ff.
- Geiger Willi:** Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1950.
- Fleiner/Giacometti:** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Giacometti Zaccharia:** Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1935.
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

- Gierke Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht, I—IV, Berlin 1868—1913.
- Hagmann Peter: Die Rechtsstellung der öffentlich-rechtlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde im Kanton Solothurn, Diss. Bern 1947.
- Helfritz Hans: Die Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts seit der Revolution, in Veröffentl. d. Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Bd. II, Berlin 1925.
- Herd Ernst: Geschichte des Thurgaus, Frauenfeld 1943.
- Hirzel Peter: Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. Zürich 1923.
- Huber Hans: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Referat zum schweiz. Juristentag 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 1a ff.
- Jellinek Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B. 1892.
- Imboden Max: Staat und Gemeinde im Kanton Zürich, Artikel in NZZ Nr. 812 und 819 (17. und 18. April 1948), Separatabdruck.
- Kägi Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.
- Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, in der Festgabe z. 100-Jahrfeier d. BV, Zch. 1948, S. 53 ff.
- Zurück zur Verfassung! im Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft «Die Schweiz», Brugg 1947.
- Vom Sinn des Föderalismus, im Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft «Die Schweiz» 1944.
- Kelsen Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1928.
- Reine Rechtslehre, Wien 1934.
- Kirchhofer Emil: Ueber die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, in ZSR nF 55 S. 136 ff.
- Besprechung von Giacometti, Verf.gerichtsbarkeit, in SJZ 30 S. 239 ff.
- Laband Paul: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, I—IV, 4. Aufl. Tübingen 1901.
- Leutenegger Albert: Geschichte der thurgauischen Gebietseinteilung. Frauenfeld 1930.
- Liebeskind W. A.: L'autonomie communale, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, S. 232 ff.
- Liver Peter: Gemeinderecht, in Zentralblatt f. Staats- u. Gemeindeverwaltung, Bd. 50 S. 40 ff. (ZBl).
- Merkel Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927.
- Meyer Georg: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., bearbeitet von Gerhard Anschütz, Leipzig 1919.
- Nawiasky Hans: Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, in Veröff. der Schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 6, 1946.
- Votum in der Diskussion über «Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte» am Juristentag 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 672a ff.
- Olgiate Guido: Die bündnerische Gemeindeautonomie, Diss. Zürich 1948.

- Osenbrüggen Eduard: Das Gemeindewesen der Schweiz, in Baltische Monatsschrift, Riga 1865.
- Pedotti Göri: Beiträge zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Gemeinde, der Gemeindeaufgaben und des Gemeindevermögens im Kanton Graubünden, Diss. Zürich 1936.
- Peters Hans: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, Berlin 1926.
Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, 14. Kapitel: Die Gemeinde, S. 282 ff.
- Preuss Hugo: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889.
- Pupikofer Johann Adam: Geschichte des Thurgaus, 2 Hälften, Bischofzell und Zürich 1828/1830.
- Reinhardt Fritz: Die Gemeindeautonomie nach solothurnischem Recht, Diss. Zürich 1934.
- Rosin Heinrich: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg i. B. 1886.
- Schindler Dietrich: Votum in der Diskussion über «Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte» am Juristentag 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 682a ff.
- Schmitt Carl: Politische Theologie, München u. Leipzig 1922.
Verfassungslehre, München 1928.
— Legalität und Legitimität, München 1932.
— Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
- Schwander Paul: Die Rechtsetzung durch die Gemeinden im Kanton Schwyz, Diss. Freiburg 1947.
- Steinbach Franz: Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, Bonn 1932.
- Tocqueville Alexis de: De la démocratie en Amérique, 16e éd. 3 t. Paris 1874.
- Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 599a ff.
- Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 6: Die Gemeindeautonomie. Einsiedeln/Köln 1946.
- Weinzapf Chr. Anton: Die öffentlichen Anstalten des kantonalen Rechts in Graubünden, Diss. St. Gallen 1948.
- Winzenried Hans: Die Gemeindebeschwerde nach bernischem Recht, Diss. Bern 1948.
- Wyss Friedrich von: Die schweizerischen Landgemeinden, o. O. 1853.

Zitierweise:

Jedes Werk wird mit dem Namen des Autors und mit Stichwort zitiert.

GESETZE

- Armengesetz: Gesetz betr. das Armenwesen vom 15. April 1861. Nr. 239.
- Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau an das Thurgauer Volk zur Vorlage des GOG vom 19. Januar 1945.
- BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, mit den Aenderungen bis 1. Juni 1948.
- GOG: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht vom 4. April 1944. Nr. 10.
- Gesetz über die öffentliche Gesundheitspflege und die Lebensmittelpolizei vom 13. Juli 1890. Nr. 366.
- Kanzlei-Reglement für die Verwaltung des Kantons Thurgau vom 29. Januar 1948. Nr. 34.
- Kirchengesetz evang.: Organisationsgesetz und Kirchenordnung für die evangelische Landeskirche des Kantons Thurgau vom 7. März 1921. Nr. 92.
- KV: Verfassung des Kantons Thurgau vom 28. Februar 1869. Nr. 1.
- Markt- und Hausier-G.: Gesetz betr. das Markt- und Hausierwesen vom 3. Oktober 1898. Nr. 412.
- OG: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.
- Sonntagspolizei-G.: Gesetz über die Polizei an den Sonn- und Festtagen vom 26. September 1855. Nr. 425.
- Stimm- und Wahl-G.: Gesetz betr. Stimmberechtigung, Wahlverfahren, Volksabstimmungen und Entlassung von Beamten vom 24. Mai 1904. Nr. 23.
- VO RR z. GOG: Verordnung des Regierungsrates über die Einführung des GOG vom 8. Oktober 1945. Nr. 11.
- VO RR ü. Bürgerrecht: Verordnung des Regierungsrates über Erwerb und Verlust des thurgauischen Gemeindebürgerrechts vom 19. November 1945. Nr. 14.

Anmerkung:

Die Nummern nach den kant. Gesetzen bedeuten den Standort im Thurgauer Rechtsbuch 1948.

§ 1. Einleitung

Die moderne Tendenz des staatlichen Absolutismus hat neben den Freiheitsrechten des Einzelnen auch die Sphäre freier Betätigung korporativer Gebilde immer mehr verengt¹.

Diesen freien Spielraum, die «Gemeindefreiheit»², wie sie heute noch besteht, darzustellen, ist der Zweck dieser Arbeit. Die Gemeindeautonomie des positiven thurgauischen Rechts bildet dazu die erforderliche Grundlage.

Dabei soll nicht ein umfassendes und eingehendes Bild des gesamten thurgauischen Gemeinderechtes gegeben werden, sondern es sollen nur jene Fragen zur Sprache kommen, die das Wesen und den Inhalt der kommunalen Selbständigkeit hauptsächlich bestimmen.

Nach einem summarischen Ueberblick über die Geschichte der thurgauischen Gemeinde sind einige begriffliche Ueberlegungen notwendig zum Verständnis der Gemeindeautonomie allgemein, wie der thurgauischen im besonderen. Schliesslich wird noch die Frage der Existenz der Gemeinden angeschnitten; der letzte Abschnitt endlich ist dem Gemeindedualismus, dem Charakteristikum des thurgauischen Gemeinderechtes, gewidmet.

¹ Diese Entwicklung wurzelt allerdings schon in ältester Zeit. Vgl. *A. de Tocqueville*: *De la démocratie en Amérique*, I. S. 98. Heute aber ist sie besonders aktuell und gefährlich. Vgl. *Ad. Gasser*: *Gemeindefreiheit*, S. 83. — *Kägi*: Vfg. als rechtl. Grundordnung, S. 17 und 24. — Ebenso *Kägi*: *Pers. Freiheit, Demokratie und Föderalismus*, S. 57 und 58.

² *Gasser*: *Gemeindefreiheit*.

§ 2. Geschichtliche Entwicklung

I. Von den Anfängen bis 1798

Der Ursprung unserer heutigen Gemeinde liegt nach der Ansicht der herrschenden Lehre in der germanischen Markgenossenschaft. So wird einerseits negativ ein wesentlicher Einfluss früherer Formen von menschlichen Siedlungen, vor allem der im Thurgau besonders häufigen römischen², auf die Entwicklung des Gemeindegewesens abgelehnt, anderseits positiv die Markgenossenschaft als für die Geschichte der Gemeinde grundlegend anerkannt, in dem Sinne, dass in ihr zum ersten Male die entscheidenden Elemente vorhanden gewesen seien.

Ausschliesslich wirtschaftliche Aufgaben haben einer einheitlichen, genossenschaftlichen Lösung gerufen und damit den Weg zur Gemeinde gewiesen. Gemeinsame Nutzung von Weide und Wald³ oder doch gemeinsame Regelung der individuellen Nutzungen forderten eine Organisation; für gemeinsame Arbeiten, zur Erstellung von Brücken, Wegen, Dämmen usw. war sie unentbehrlich⁴. Die immer mannigfaltiger werdenden Aufgaben liessen die Organisation der Siedlungsgenossenschaften erstarken.

Erst der Uebergang vom gemeinschaftlichen Eigentum zum Privateigentum⁵ hat dann eine eigentliche «Zersetzung der genossenschaftlichen Gemeindeverfassung»⁶ gebracht.

Am Ende dieser ersten Periode, d. h. vor 1798, haben wir korporative Gebilde in Form der niederen Gerichte⁷. Ohne auf ihre Organisation eintreten zu können, sei hier erwähnt, dass deren Aufgaben ungefähr denen entsprechen, die heute die Gemeinde, die drei Kreisbeamten und die Bezirksbeamten, Bezirksgerichte inbegriffen, ausüben⁸. Daneben bestanden aber bereits Bürgergemein-

¹ *Gierke*: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, S. 62. — *v. Wyss*: Landgemeinden, S. 17. — *v. Elster*: Handwörterbuch, IV, S. 785.

² Vgl. *Herd*: Geschichte des Thurgau, S. 15.

³ *v. Wyss*: a. a. O. S. 87.

⁴ *Pedotti*: Beiträge, S. 14. — *Steinbach*: Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung, S. 66.

⁵ *Gierke*: a. a. O. S. 79.

⁶ *Gierke*: a. a. O. S. 79.

⁷ Im Thurgau deren zirka 130, die gegen 50 Gerichtsherren gehörten. Vgl. *Leutenegger*: Thurg. Gebietseinteilung, S. 5.

⁸ Derselbe: S. 5.

den und Kirchgemeinden, jene etwa mit dem Aufgabenkreis der heutigen Ortsgemeinden⁹, diese mit verschiedenen, teils bis heute ihr verbliebenen Obliegenheiten¹⁰. Dagegen gab es noch keine Schulgemeinden.

Dieses Nebeneinander verschiedenster Gemeinden oder gemeindeähnlicher Organisationen mit allgemeinem örtlichen Tätigkeitsbereich hat sicher wesentlichen Anteil an der noch heute überaus reichen, aber oft unpraktischen, Mannigfaltigkeit der thurgauischen Gebietseinteilung. Aus jener Vielschichtigkeit hat sich keine Gemeindeart auf Kosten der anderen stärken und schliesslich durchsetzen können.

Fielen in anderen Kantonen wie Zürich und Bern nur die Städte stärker ins Gewicht, so führten im Thurgau neben den wenigen Städten Frauenfeld, Diessenhofen, Arbon und Bischofszell, auch die Gemeinden ein zeitweise recht vielseitiges Eigenleben. Verschiedene Urkunden, vor allem aber die sog. Einungen¹¹ mit ihren, von der Gemeinde selbst gegebenen, Rechtssätzen über vorwiegend gewerbliche Fragen, zeigen wie selbständig die Gemeinden damals waren.

Ein für das ganze Gemeindewesen richtunggebender Eingriff in diese Selbständigkeit ging von der eidgenössischen Bettelordnung der Jahre 1550/51 aus. Vor allem die Ausbildung und Stärkung von Bürgergemeinden wurde dadurch gefördert und in bestimmte Bahnen gelenkt.

Zusammenfassend hat Friedrich v. Wyss diese erste Epoche charakterisiert: «Schon von Anfang ihrer Entwicklung an sind die Dorfgemeinden nicht blosse Vereinigungen von Güterbesitzern mit festgehaltener Sonderung von Anteilsrechten am Gemeingut gewesen, sondern ein Gesamtwille, der bindende Verfügungen über das Gesamtgut mit Mehrheitsbeschluss treffen konnte, bestand bereits¹².» Am Ende dieser ersten Entwicklungszeit finden wir im Thurgau eine, ausschliesslich eigene Angelegenheiten besorgende¹³ und darin weitgehend selbständige Gemeinde vor.

⁹ Insbesondere: Nachtwache, Wasserversorgung, Löschwesen, Strassenwesen, Wuhrdienst usw. Vgl. *Leutenegger*: a. a. O. S. 16.

¹⁰ Wie Armenwesen, Leichenbestattung, Sittenpolizei, Zivilstand, u. a. m. vgl. *Leutenegger*: a. a. O. S. 19

¹¹ Eine Sammlung solcher Einungen und anderer Urkunden über die Gemeinden des Thurgau findet sich bei *Pupikofer*: Geschichte des Thurgau, Bd. I, Beilagen S. 50 ff.

¹² v. Wyss: a. a. O. S. 59.

II. Von der Helvetik bis zur Gegenwart

Einen tiefen Eingriff in die stetige Entwicklung der Gemeinde bedeutete der mit der Helvetik in der ganzen Schweiz erzwungene Strukturwandel: nach ausländischem Vorbild sollte die Gemeinde nur noch ein Verwaltungsbezirk des Staates, ein Glied in der Hierarchie der Verwaltung sein¹⁴. Ein solcher Bruch mit dem traditionellen Werdegang konnte überall dort nicht von Dauer sein, wo bereits Gemeinden mit stark entwickeltem Aufgabenkreis vorhanden waren, und hatte notwendigerweise mit dem Wegfall des äusseren Zwanges zu verschwinden.

Trotzdem hat die Helvetik durch den Schwung ihrer revolutionären Gedanken ihre Spuren auch im Gemeindewesen hinterlassen. Damals wurde die Organisation der Gemeinden durch den Staat einheitlich geregelt¹⁵. Hauptneuerung war die Ersetzung des Bürgerrechtsprinzips durch das Einwohnerprinzip als Grundlage der politischen Gemeindezugehörigkeit. Trotzdem damit grosse praktische Vorteile verbunden waren, gelang es nicht, diesen Grundsatz auf Anhieb zu verwirklichen. Es kam zu einer längeren Epoche der Zweispurigkeit: neben Ortseingemeinden blieben die Ortsbürgergemeinden, neben den Schuleingemeinden die Schulbürgergemeinden usw. Ein solcher Zustand war unhaltbar. Langsam, aber stetig hatte das Bürgerprinzip zu weichen, bis es nur noch für die Bürgergemeinde, als der Gesamtheit aller an der Verwaltung und Nutzung der Bürgergüter Beteiligten massgebend war.

Aber auch diese einst so einflussreichen Gemeinden selbst mussten sich eine Beschneidung ihrer Aufgaben gefallen lassen und verloren schliesslich, durch die Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit in die Unmöglichkeit versetzt, diese Funktion noch richtig ausüben zu können, die Kompetenz zur Erteilung des Bürgerrechts¹⁶. Einmal gab es Gemeinden mit nur mehr zwei bis zehn

¹³ Zu dieser Zeit wurden viele Aufgaben durch Selbstverwaltungskörper erledigt, wurden also örtlich geregelt, währenddem sie heute als nicht zur örtlichen Regelung fähig durch den Staat übernommen, resp. den Gemeinden als Organen der Staatsverwaltung wieder übertragen worden sind.

¹⁴ Gasser: In «Die Schweiz», Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft, 1948, S. 95. Liebeskind: In «Freiheit des Bürgers», S. 235.

¹⁵ Durch Gesetze vom 14. November 1798 und 15. Februar 1799. Dazu v. Wyss: a. a. O. S. 136.

¹⁶ Durch die Revision des GOG vom 4. 4. 1944. GOG § 50, I.

ansässigen Bürgern, die über diese wichtige Frage zu entscheiden hatten¹⁷, anderseits kam dazu, dass sich verschiedene Gemeinden grundsätzlich weigerten, neue Bürger aufzunehmen (d. h. wenn nicht eine ganz fette «freiwillige» Einkaufssumme in Aussicht stand)¹⁸. Selbst die letzte Aufgabe, die Verteilung des Bürgernutzens aus den Bürgergütern, hat mit der Zeit stark an Bedeutung eingebüsst. Obwohl bei der Auseinandersetzung über das Gemeindevermögen zwischen Einwohner- und Bürgergemeinde, der sog. Abchurung¹⁹, die ergiebigen Güter der Bürgergemeinde verblieben²⁰, wurde der grösste Teil davon im Laufe der Zeit freiwillig der Einwohnergemeinde überlassen, um ihr zu ermöglichen, ihre ausgedehnten Aufgaben zu erfüllen.

Hat die Helvetik radikal die Ausübung der politischen Rechte nur an den Wohnsitz geknüpft, tat bereits die Mediation wieder einen Schritt rückwärts und verlangte neben einer bestimmten Zeit der Niederlassung auch ein bestimmtes Vermögen²¹. Während die Restauration der neuen Idee noch mehr Hindernisse in den Weg legte, hat sich dann später das Stimm- und Wahlrecht doch von der Verknüpfung mit der Bürgergemeinde lösen können²². Die Bundesverfassung von 1874 hat jedem Schweizerbürger den Rechtsanspruch zuerkannt, in der ganzen Schweiz an Gemeinde-Abstimmungen und Wahlen teilzunehmen nach einer Niederlassung von drei Monaten (ausgenommen Entscheide über rein bürgerliche Angelegenheiten)²³.

Die Bürgergemeinde, wie sie heute noch im Kanton Thurgau besteht, führt zwar die Bezeichnung «Gemeinde», ist aber rechtlich nur noch eine Korporation des öffentlichen Rechts. Bei dieser Entwicklung ist immerhin zu berücksichtigen, dass der thurgauischen

¹⁷ *Fisch*: In Z Bl 1946. S. 86. Voraussetzung zur Ausübung des Stimmrechts war eben auch hier der Wohnsitz in der betreffenden Gemeinde.

¹⁸ Noch heute zeigen sich Nachwirkungen einer solchen Einstellung. Vgl. die Entscheide des RR in Prot. RR 1948, 1409 und 1949, 1436 v. 29. 10. 1871.

²⁰ *Böckli*: a. a. O. S. 13. Diese Auseinandersetzung erfolgte ohne kantonale Einmischung durch die jeweils beteiligten Gemeinden selber. — Heute gibt es einzelne recht armselige Bürgergemeinden, z. B. mit nur Fr. 900.— Vermögen. Prot. RR 1948, 1408.

²¹ Gemeindegesetz, eidg. vom 17. Juni 1803. Vgl. *Leutenegger*: a. a. O. S. 31.

²² Die BV von 1848 hat in Art. 41, Abs. 4 die Regelung dieser Frage der Gesetzgebung der Kantone überlassen, soweit Abstimmungen über Gemeindeangelegenheiten in Frage standen.

²³ BV von 1874, Art. 43, Abs. 5.

Bürgergemeinde nicht das Armenwesen überlassen ist, was deren Stellung sonst wesentlich hätte festigen können.

Durch Dekret vom 18. Juni 1803 wurden 61 Munizipalitäten geschaffen. Wenn sie auch den Stempel ihrer ausländischen Herkunft tragen, so haben sie rasch eine so starke Stellung erhalten, dass sie nicht, wie in den andern Kantonen mit der Restauration wieder verschwanden. Dabei war sicher weniger Pietät gegenüber deren Schöpfern, die dem Thurgau die Freiheit gebracht hatten, als vielmehr die Tatsache massgebend, dass sich diese im Vergleich zu früheren Zuständen vereinfachte Gemeindeordnung bewährte. In dieser Richtung gingen auch die zahlreichen Zusammenlegungen und Verschiebungen verschiedener Gemeinden ²⁴.

Ist auf der einen Seite die Munizipalgemeinde nicht mehr verschwunden, so haben sich anderseits auch die vielen gewöhnlichen Gemeinden, die Ortsgemeinden behauptet. Wegen ihrer Kleinheit waren sie für die Erledigung gewisser Aufgaben vielleicht weniger geeignet, die Nähe der Verwaltung zu den Verwalteten liess sie aber im Volk besonders Wurzeln fassen. So ist im Thurgau diese Doppelspurigkeit, der sog. Gemeindedualismus entstanden und bis heute geblieben ²⁵. Wie noch zu zeigen sein wird ²⁶, hat sich in der Praxis eine eigenartige, für das thurgauische Gemeindewesen charakteristische Arbeitsteilung herausgebildet.

Eine weitere Eigenheit unserer Gemeindeordnung bilden die äusserst komplizierten Gebietsverhältnisse, die sich daraus ergeben, dass sich die verschiedenen Arten von Gemeinden mehrfach überschneiden. Schon oft war man bestrebt, in dieser Hinsicht eine Klärung herbeizuführen: bereits im Jahre 1812 wurden Gemeinden auf dem Dekretalweg verschmolzen ²⁷. Eine durchgreifende und umfassende Vereinfachung im ganzen Kanton blieb bis heute aus. So hat man sich bei den Verfassungsrevisionen der Jahre 1831 und 1849 begnügt zu sagen: «Der Kanton bleibt einstweilen ... eingeteilt ...». Erst die KV von 1869 sah in Art. 45 vor: «Die Gesetz-

²⁴ Einzelne Beispiele bei *Leutenegger*: a. a. O. S. 26.

²⁵ Anders war die Entwicklung z. B. im Kanton Zürich, wo die sog. Zivilgemeinden durch die Revision des Gemeindegesetzes vom 6. 6. 1926 aufgehoben wurden. Immerhin hat sich in Elgg noch ein Ueberbleibsel jener Gemeindeart halten können. Vgl. *Imboden*: Staat und Gemeinde, S. 6 des Separatabdrucks.

²⁶ Siehe hinten S. 98.

²⁷ Durch Dekret v. 26. Januar 1912. Vgl. *Leutenegger*: a. a. O. S. 25.

gebung wird weitere, durch die beteiligten Einwohnerschaften angeregte Vereinfachungen unterstützen». In diesem Sinne bestimmte dann § 47 des GOG vom 8. November 1874, dass Veränderungen in der Gebietseinteilung nur noch der Zustimmung des Grossen Rates bedürften, wobei der Wunsch ausgesprochen wurde, es möchten sich vor allem Munizipalgemeinden, die ihre Aufgaben nicht zufriedenstellend lösen könnten, zu einer Vereinigung mit Nachbargemeinden bereitfinden. Aber immer blieb es der Initiative und der gemeinsamen Beteiligung der zu vereinigenden Gemeinden anheimgestellt, ob sie zum Zwecke der Rationalisierung auf ihre Selbständigkeit verzichten wollten oder nicht.

Einen wesentlichen Schritt weiter bedeutete es, als das Bundesgericht im Streitfall Biessenhofen c. Oteraach, BGE 38 I 141, entschied, dass eine Grenzverschiebung resp. Zusammenlegung vom Grossen Rate auch dann beschlossen werden könne, wenn nur eine der beteiligten Gemeinden diese Massnahme begehre. Damit wurde bewusst zur Ermöglichung der Sanierung unserer Gebietseinteilung die Eigenständigkeit der kleinen und kleinsten Gemeinden angestastet²⁸.

Praktisch wurde dadurch vor allem die Eingemeindung kleiner Siedlungen in eine der wenigen städtischen Gemeinden ermöglicht²⁹. Erst das neue Organisationsgesetz geht noch einen Schritt weiter und ermöglicht Vereinfachungen in der Gemeindecinteilung³⁰ auch dann, wenn ein Teil der Beteiligten einer solchen Anordnung widerstrebt³¹. Der Eingriff, dem sich eine Gemeinde in einem solchen Falle unterziehen muss, ist schwerwiegend und es verwundert nicht, dass bei der erstmaligen Anwendung dieses Paragraphen im Falle der Abspaltung einer Munizipalgemeinde Münchwilen von der Munizipale Sirmach das Bundesgericht, allerdings ohne Erfolg, angerufen wurde³².

Einfacher gestaltet sich das Verfahren bei den Schulgemeinden, wo die Zersplitterung, herrührend davon, dass oft Hofbesitzer selbst

²⁸ Beispiele dazu bei *Leutenegger*: a. a. O. S. 56.

²⁹ In Frage kommen vor allem Frauenfeld und Kreuzlingen. Aus der Genemigungspraxis etwa Prot. RR 1946/3084 und 1948/1365.

³⁰ Worunter nicht nur Vereinigung von Gemeinden zu verstehen ist, sondern gegebenenfalls sogar Aufteilung in verschiedene selbständige Gemeinden, vgl. BGE vom 19. Juli 1949, auszugsweise wiedergegeben in Z Bl 50 (1949) S. 440 ff.

³¹ § 2, Abs. 2 GOG.

³² Vgl. den zitierten BGE vom 19. Juli 1949.

entschieden, wohin sie ihre Kinder zur Schule schickten, derart war, dass schon das Schulgesetz von 1833 dem Erziehungsrat die Kompetenz gab, einzelne Höfe und Weiler von der einen Schulgemeinde abzutrennen und einer andern zuzuteilen.

Das Schulgesetz von 1853 endlich gab ihm die Möglichkeit, Schulgemeinden aufzulösen, wovon dann auch mehrmals Gebrauch gemacht wurde³³.

Auch das Schulgesetz von 1875 hat dem Regierungsrat die Kompetenz, Veränderungen in der Gebietseinteilung der Schulgemeinden vorzunehmen, belassen. Diese wurde denn auch gegen den Willen der Mehrheit der betroffenen Gemeinden gehandhabt³⁴.

Dass trotz all diesen Bestrebungen, ein einheitliches Gefüge von Gemeinden zu erhalten, der Thurgau heute noch die komplizierteste Gemeindecinteilung aufweist, zeigt, wie viel die Gemeinde dem Thurgauer bedeutet³⁵.

Wenn neben andern Mißständen, besonders der Einbürgerungspraxis verschiedener Bürgergemeinden³⁶, gerade diese unübersichtliche Vielfalt von Gemeinden mit den Anstoss zu einer Revision des GOG in neuester Zeit gegeben hat, so ist das neue Gesetz trotzdem beim alten Dualismus Orts- und Munizipalgemeinde³⁷ geblieben.

³³ Beispiele bei *Leutenegger*: a. a. O. S. 36.

³⁴ Das Bundesgericht hat diese Praxis geschützt, so in einem Entscheid vom Jahre 1907 i. S. der Schulgemeinde Kreuzlingen und Egelshofen, nicht publiziert.

³⁵ Botschaft RR z. GOG S. 5.

³⁶ Vgl. die Auseinandersetzungen in Prot. Gr. R. vom 23. Februar 1943.

³⁷ Darüber siehe hinten S. 98 ff.

Erster Abschnitt

GRUNDLAGEN

§ 3. Begriff der Gemeinde

Es kann sich nicht darum handeln, eine Auseinandersetzung herbeizuführen oder eine Uebersicht zu geben über die verschiedensten Theorien, die je über das Verhältnis Gemeinde — Staat aufgestellt worden sind ¹, sondern es soll die für die schweizerischen, insbesondere thurgauischen, Verhältnisse zweckmässige Anschauung ermittelt und in kurzen Zügen charakterisiert werden.

I. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft

In der grossen Mehrzahl der Definitionen der Gemeinde taucht immer wieder der Ausdruck: Gebietskörperschaft auf. Darin sind folgende Elemente enthalten:

1. Die Gemeinde — eine Korporation

Ganz allgemein wird die Gemeinde als juristische Person anerkannt, speziell wird sie zu den Körperschaften gezählt ². Unter den Korporationen wiederum ist sie als eine solche des öffentlichen Rechts qualifiziert und endlich ist ihr die Gebietshoheit eigen, durch die sie eben erst zur Gebietskörperschaft wird.

Gebietshoheit darf dabei natürlich nicht im Sinne eines dinglichen Rechtes der Körperschaft an einem bestimmten Teil der Erdoberfläche missverstanden werden, wie dies die ältere deutsche Lehre getan hat, sondern Gebietshoheit kann hier nur sein «... die tatsächlich und rechtlich begründete Machtbefugnis eines mit einem Territorium ausgestatteten Gemeinwesens, über die in diesem letzteren befindlichen Personen und Sachen durch Aufstellung binden-

¹ Eine Zusammenstellung darüber findet sich bei *Preuss*: Gemeinde, Staat und Reich, S. 218 ff.

² *Rosin*: Recht der öffentl. Genossenschaft S. 101. — *Gierke*: Genossenschafts-R. II. S. 673. — *Peters*: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 31. — *Fleiner*: Bundesstaatsrecht, S. 110. — *Schwander*: Gemeinden des Kanton Schwyz, S. 15.

der Vorschriften und durch Verwaltungshandlungen Herrschaftsrechte auszuüben»³. Eine Personenmehrheit, ein Gebiet und eine Organisation sind notwendige Faktoren der Gemeinde. Darin ist ihr Aufbau derselbe wie der des Staates.

2. Die Gemeinde — Trägerin obrigkeitlicher Gewalt

Die Organisationsgewalt und die Gebietshoheit werden erst dadurch verständlich, dass ihre rechtliche Grundlage in den Vordergrund gerückt wird. Es ist eine umstrittene Frage, ob die Gemeinde eigene, d. h. ursprüngliche, oder vom Staat übertragene, abgeleitete Herrschaftsgewalt habe. Historisch ist sicher die Gemeinde als die ältere und ihre schon vor der Gründung der Eidgenossenschaft, ja vor derjenigen der Kantone, ausgeübte Gewalt als die ursprüngliche zu betrachten. Juristisch aber ist die hoheitliche Gewalt der Gemeinden, kraft der Verfassung, der Staatsgewalt untergeordnet, von ihr abgeleitet⁴.

Es kann in diesem Zusammenhang nicht auf die Streitfrage der Staatlichkeit der schweizerischen Kantone, als Glieder eines Bundesstaates, eingetreten werden. Für die vorliegende Arbeit ist der Kanton Thurgau unbedenklich als Staat anzuerkennen, umso mehr als ein internes Verhältnis zur Darstellung gelangt.

3. Die Gemeinde — ein vom Staat verschiedenes Rechtssubjekt

Um die nötige Klarheit für das Eintreten auf das Hauptproblem, das der Autonomie der Gemeinde, zu schaffen, stellt sich hier diese erste Frage über das Verhältnis zwischen Gemeinde und Staat. Mit der Beantwortung dieser Frage wird auch entschieden sein, ob die Gemeinde überhaupt autonom sein könne, oder ob sie nur eine Erscheinungsform der staatlichen Dezentralisation darstelle⁵. Ganz allgemein wird die Gemeinde als selbständiges Rechtssubjekt anerkannt in dem Sinne, dass ihr juristische Persönlichkeit zukomme⁶;

³ so die Definition von *Blumenstein* in «Schweizerisches Steuerrecht» a. a. O. S. 1. — ähnlich *Helfrüz*: Allgemeines Staatsrecht, S. 56. — *Hirzel*: Staatsaufsicht, S. 24.

⁴ Vgl. *Fleiner*: Bundesstaatsrecht, S. 64. — *Reinhardt*: Gemeindeautonomie, S. 21. — *Bütikofer*: Rechtsetzungsbefugnis, S. 41.

⁵ *Giacometti*: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 161. — *Reinhardt*: a. a. O. S. 40.

⁶ *Meyer/Anschuetz*: Staatsrecht, S. 407. — *Preuss*: a. a. O. S. 123.

will man sie dadurch aber auch von blossen Bezirken der Staatsverwaltung prinzipiell unterscheiden, so stösst man auf die Ablehnung all derer, die vom Axiom der Einheit der Rechtsordnung ausgehen⁷, da für diese die Gemeinde nur die «lokale Erscheinungsform des Staates»⁸ sein kann. Auf dieser Grundlage müsste folgerichtig überhaupt eine Autonomie der Gemeinden bestritten werden. Indessen wird darunter einfach eine blossе Zuständigkeit begriffen⁹. Diese Theorie vermag nun aber nicht, den spezifisch schweizerischen Verhältnissen im Gemeindewesen gerecht zu werden, wie weiter hinten noch zu zeigen sein wird. So folgen wir hier dem von *Fleiner*¹⁰ vorgezeichneten Weg, der gemäss dem verschiedenen Lebenszweck von Gemeinde und Staat die beiden auch in ihrem Wesen unterscheidet.

II. Die Gemeinde als autonomer Selbstverwaltungskörper

Wenn nach dem Gesagten nun noch ein letztes, aber das wichtigste, Moment des Gemeindebegriffes folgt, so muss in dem hier gewählten logischen Zusammenhang eine Frage behandelt werden, bevor die betreffenden Begriffe erst festgelegt worden wären. Dies ist aber bei der engen Verquickung der Begriffe Gemeinde und Gemeindeautonomie nicht anders möglich. Ausgehend davon, dass die Gemeinde wohl dem Staate untergeordnet ist, nicht aber in diesem aufgeht, die beiden demnach in ihrem Wesen auseinander zu halten sind, kommen wir auch zu einer Gegenüberstellung ihrer Tätigkeit (d. h. eines Teiles derselben, wie wir noch sehen werden) in dem Gegensatzpaar Staatsverwaltung — Selbstverwaltung. Ueberflüssig zu erwähnen, dass die Theorie *Kelsens*¹¹ auch diese Unterscheidung nicht anerkennt, sich dadurch aber die Erkenntnis der Eigenheiten des in verschiedener Hinsicht so fruchtbaren und einmaligen Gemeindewesens der Schweiz verschliesst¹². Gegenüber dieser vorwiegend auf deutschen Verhältnissen basierenden Theorie hat die neuere schweizerische Lehre die nötigen Vorbehalte an-

⁷ *Kelsen*: Souveränität, S. 111.

⁸ *Giacometti*: Vf.gerichtbarkeit, S. 161. — *Reinhardt*: a.a.O. S. 40.

⁹ *Reinhardt*: a. a. O. S. 42.

¹⁰ *Fleiner*: Institutionen, S. 99.

¹¹ *Kelsen*: Souveränität, S. 108.

¹² *Osenbrueggen*: Gemeindewesen, S. 12.

gebracht¹³. Wenn wir oben die Gemeinde dem Staat und die Selbstverwaltung der Staatsverwaltung gegenübergestellt haben, so heisst das allerdings nicht, dass jede Tätigkeit der Gemeinde Selbstverwaltung sei, sondern nur dass diese ihr wesentlich sei. So steht durchaus nichts entgegen, dass, was praktisch auch die Regel ist, die Gemeinde gleichzeitig als Organ der Staatsverwaltung zu fungieren hat, so dass sich naturgemäss die Aufgaben der Gemeinde in Angelegenheiten der Selbstverwaltung und solche der Staatsverwaltung unterscheiden lassen. Wie weit diese Unterscheidung mit jener in einen eigenen und einen übertragenen Wirkungskreis übereinstimmt, wird gesondert zu betrachten sein¹⁴. Im Rahmen der gestellten Aufgabe werden wir uns ausschliesslich mit den Selbstverwaltungsangelegenheiten zu befassen haben.

Vorläufig bezeichnen wir denn als Gemeinde eine mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattete autonome Gebietskörperschaft¹⁵.

§ 4. Begriffe: Autonomie und Selbstverwaltung

I. Begriff der Gemeindeautonomie

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslehre, die den Begriff der Autonomie rein grammatikalisch auslegt und daher nur Selbstgesetzgebung darunter versteht¹, hat die schweizerische Rechtsliteratur diesen Begriff als Oberbegriff aufgefasst, der Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung in sich schliesst².

Wenn wir nun die Gemeindeautonomie, dieses Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden, wie es in mehr oder weniger scharfer Ausprägung der Organisation aller schweizerischen Kantone zugrunde liegt, näher betrachten, können wir einfach nicht dabei stehen bleiben, darin nur eine Kompetenz zu erblicken, wie dies eine auf der reinen

¹³ So *Giacometti* in *Fleiner/Giacometti*: Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 899: «Es zeigt sich auch hier, dass das positive Recht etwas Widerspruchvolles ist, das sich nicht in eine Theorie einfangen lässt.» — Ebenso *Burckhardt*: Organisation, S. XII.

¹⁴ siehe hinten § 4. II.

¹⁵ Vgl. dazu nun die Definition von *Peters*: Lehrbuch der Verwaltung, S. 292.

¹ *Kelsen*: Allg. Staatslehre, S. 365. — ders.: Souveränität, S. 80. — *Jellinek G.*: System, S. 269.

² *Reinhardt*: a. a. O., S. 42. — *Liver*: Gemeinderecht, S. I. — *Nawiasky*: Gemeindeautonomie, S. 19.

Rechtslehre fussende Theorie tun muss³. Wie sich die schweizerische Eidgenossenschaft auch nicht als gewöhnlicher Einheitsstaat erfassen lässt, sondern ihr föderalistischer Aufbau, ihre Bundesstaatlichkeit auch bei einer juristischen Betrachtung mitberücksichtigt werden muss⁴, so kann auch der föderalistische Aufbau der Kantone nicht einfach mit der Bezeichnung als einer speziellen Art der Dezentralisation abgetan werden.

Die Gemeindeautonomie ist eine föderalistische Institution, sie ist die bedeutendste «föderalistische Freiheit»⁵ im Sinne der «Freiheit gegenüber dem Staat als Verbandsfreiheit»⁶. Die Selbstbestimmung der Bürger innerhalb der Gemeinde durch Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung bildet einen der Grundpfeiler unseres auf dem Grunde der liberalen und föderalistischen Demokratie aufgebauten Rechtsstaates⁷. Ja, es stellt sich die Frage, ob diese «föderalistische Freiheit» als ein vor- und überstaatliches Naturrecht aufgefasst werden soll. In der hier befolgten Beschränkung auf die Darstellung des positiven Rechts genügt es, auf diese in der Zukunft noch einmal schicksalsschwere Frage hingewiesen zu haben.

Dagegen ist bei der rechtlichen Würdigung der Gemeindeautonomie ein Vergleich mit den Freiheitsrechten des Individuums notwendig. Wie diese ist auch die Gemeindeautonomie ein verfassungsmässig gewährleistetes Recht⁸, und zwar eines, das wegen seiner grundlegenden Bedeutung als Grundrecht zu bezeichnen ist⁹. Nicht nur die amerikanischen und französischen Erklärungen der Menschenrechte¹⁰, die oft einfach als geschichtliche Reminiszenzen für die Ueberwindung des Zeitalters des Absolutismus aufgefasst werden, sondern auch die meisten modernen Verfassungen¹¹ kennen,

³ Reinhardt: a. a. O., S. 42.

⁴ Fleiner/Giacometti: Bundesstaatsrecht, S. 47.

⁵ Kaegi: Persönl. Freiheit, Demokratie und Foederalismus, S. 54. — Fleiner/Giacometti: Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 31.

⁶ Liver: a. a. O. S. 40.

⁷ Kaegi: a. a. O. S. 57. — Nawiasky: Gde.autonomie, S. 24.

⁸ und zwar nicht durch die Bundesverfassung, sondern durch verschiedene Kantonsverfassungen.

⁹ Schmitt: Verfassungslehre, S. 163.

¹⁰ die ersten eigentlichen Erklärungen der Menschenrechte waren jene von Virginia am 12. Juni 1776, von Pennsylvania am 11. November 1776 u.a.m. und schliesslich die französische am 26. August 1789.

¹¹ Neben der BV sämtliche KV, aber auch ausländische Verfassungen, z. B. die neue V der deutschen Bundesrepublik.

entweder in einer besondern Einleitung oder dann systemlos, ganze Kataloge von Grund- und Freiheitsrechten.

Obwohl diese Grundrechte formell allen andern Verfassungsbestimmungen gleichgestellt sind, kann für ihre Aufhebung der Weg der Partialrevision der Verfassung nicht genügen. Gerade weil ihnen diese grundlegende Bedeutung zukommt, weil auf ihnen das gesamte Staatswesen, die ganze Rechtsordnung aufgebaut ist, kann eine Aenderung in ihrem Bestand nur durch eine Totalrevision der Verfassung vorgenommen werden, wenn die Unterscheidung der beiden Arten der Verfassungsrevision überhaupt einen Sinn haben soll. Die andere Frage, ob eine Aufhebung der Gemeindeautonomie als Grundrecht politisch je möglich sein wird, kann hier unerörtert bleiben. Wenn *Schmitt* die Autonomie, d. h. nach seiner Terminologie die «kommunale Selbstverwaltung»¹², nicht als Grundrecht, sondern als institutionelle Garantie oder m. a. W. als gewöhnlich verfassungskräftiges, organisatorisches Prinzip ansieht¹³, hat er sicher Recht, denn er geht ja von der deutschen Gemeinde aus. Völlig anders liegen die Verhältnisse in der Schweiz, wo die Gemeindeautonomie nicht nur die Requisite einer institutionellen Garantie, sondern auch die eines echten Grundrechtes erfüllt.

Wenn die Gemeindeautonomie als Grundrecht bedeutet, dass diese nur durch Totalrevision der Verfassung aufgehoben werden kann, so heisst im Gegensatz dazu institutionelle Garantie der Gemeindeautonomie, dass diese im Wege der Partialrevision der Verfassung beseitigt werden kann¹⁴. Dass dieser grundrechtliche Charakter nicht nur ein Postulat, sondern einwandfrei geltendes, wenn auch ungeschriebenes Recht darstellt, wird bei der Betrachtung des Rechtsschutzes der Gemeindeautonomie durch das Bundesgericht zu zeigen sein¹⁵. Trotzdem das Bundesrecht die Regelung der Gemeindeorganisation vollständig den Kantonen überlassen hat, ist es gerade die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die die Tragweite der Gemeindeautonomie voll erkannt und ihr den nötigen Rechtsschutz gewährt hat.

Selbstverständlich kann auch die Gemeindeautonomie, wie jedes

¹² *Schmitt*: Verfassungslehre, S. 171/3.

¹³ *Schmitt*: a. a. O. S. 171. — ebenso: *Giacometti*: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 55.

¹⁴ *Schmitt*: Verfassungslehre, 170, u. 177. — *Reinhardt*: Gemeindeautonomie, S. 22.

Freiheitsrecht, nicht schrankenlos sein: das geht schon aus dem Wesen der ganzen Rechtsordnung, als einer Abgrenzung gegenseitiger Freiheitssphären, hervor. Andererseits muss nachdrücklich darauf hingewiesen werden, dass diese Schranken sich einzig und allein aus der Rechtsordnung ergeben müssen. So lautet die verfassungsmässige Garantie der Gemeindeautonomie meist ausdrücklich: «Die ‚Gemeinden‘ ordnen ihre Angelegenheiten in den Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig»¹⁶.

Damit wird nicht nur ausgesprochen, dass jede Ausübung der Gemeindeautonomie, die eine Ueberschreitung dieser Schranken darstellt, unzulässig und deshalb nichtig sei, sondern auch, dass der Inhalt der Gemeindeautonomie (nicht aber diese selbst als Institution, denn dafür wäre eine Totalrevision der Verfassung notwendig) nur im Wege der Verfassungs- oder einfachen Gesetzgebung abgeändert, d. h. erweitert oder praktisch vor allem eingeschränkt werden dürfe¹⁷. Eine Auffassung, dass z. B. das Aufsichtsrecht des Regierungsrates über die Gemeinden ebenfalls eine Schranke der Gemeindeautonomie darstelle, ist unhaltbar und würde in ihren Konsequenzen die Autonomie überhaupt illusorisch machen. Die Aufsicht kann, wie wir noch sehen werden¹⁸, nur ein Mittel sein, die Einhaltung der Schranken der Gemeindeautonomie durch Kontrolle der kommunalen Rechtshandlungen sicherzustellen.

Nennen die verschiedenen Garantieartikel der Gemeindeautonomie ausdrücklich nur «Verfassung und Gesetz», unzweifelhaft im Sinne von kantonalem Recht, als Schranken der Gemeindeautonomie, so begrenzen ohne weiteres auch BV und die Bundesgesetzgebung die kommunale Selbstbestimmung kraft des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes¹⁹.

Schliesslich ergibt sich aus dem Wesen der Gemeinde als eines lokalen Verbandes noch die sachliche Schranke, dass einer kommunalen Autonomie nur solche Fragen zugänglich sein können, die sich überhaupt zu örtlicher Regelung eignen.

¹⁵ Vgl. hinten § 8, II.

¹⁶ so im thurg. Gemeindeorganisationsgesetz (GOG) § 5. Eine Zusammenstellung darüber für die übrigen Kantone bei *Giacometti*: Staatsrecht der Kantone, S. 74.

¹⁷ a. A. *Reinhardt*: Gemeindeautonomie, S. 26.

¹⁸ Vgl. hinten § 5 und § 8.

¹⁹ Ergibt sich aus Art. 2. Uebergangsbestimmungen zur BV. *Fleiner/Giacometti*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 92.

So können wir denn mit dem Begriff der thurgauischen Gemeindeautonomie bezeichnen das Grundrecht der thurgauischen Gemeinde auf Selbstbestimmung (Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung) unter dem Vorbehalt des Vorranges von Verfassung und Gesetz (des Bundes und des Kantons Thurgau).

II. Begriff der Selbstverwaltung

Nachdem die Gemeindeautonomie als Oberbegriff bestimmt worden ist, soll hier noch deren, angesichts der heute angeschwollenen Gesetzesfabrikation, wesentlichster Teil, die Selbstverwaltung einer nähern Betrachtung unterzogen werden.

Wie eigentlich bereits aus unserm Begriff der Gemeindeautonomie hervorgeht, wird auch hier auf dem Gebiete der Verwaltung das Prinzip der Universalität der Gemeindeaufgaben vertreten²⁰. Darunter wird verstanden, dass jede Aufgabe, die über örtliche Zwecke nicht hinausgeht, die nach ihrer Natur zu örtlicher Regelung geeignet ist, prinzipiell unter die Selbstverwaltung fällt und nur dann nicht, wenn die betreffende Aufgabe ausdrücklich durch Verfassung oder Gesetz zur staatlichen gemacht wird. Unbeachtlich ist in diesem Falle, ob eine staatliche Aufgabe durch zentrale Organe oder durch Herbeiziehung der Gemeinden zur Ausführung gelangt, denn wo eine Gemeinde als Organ des Staates fungiert, übt sie nicht Selbstverwaltung, sondern einen Teil der Staatsverwaltung aus.

Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch die Möglichkeit, die Angelegenheiten der Staatsverwaltung von denen der Selbstverwaltung zu scheiden. Zur Selbstverwaltung gehören in erster Linie alle jene Aufgaben, die eine Gemeinde aus eigener Initiative, freiwillig, ohne dass ein Gesetz etwas darüber sagte, zur Erledigung übernimmt. Dies ist ja auch der Weg gewesen, auf dem die Gemeinde zur heutigen Bedeutung gekommen ist. Selbstverständlich müssen diese Angelegenheiten überhaupt zur örtlichen Behandlung geeignet sein²¹. — Weiter gehört in den Tätigkeitsbereich der Gemeinde all das, was

²⁰ *Olgiati*: Bündner Gemeindeautonomie, S. 33. — *Peters*: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 17. — KV Art. 46, Abs. 1. — *Geiger*: Autonomie, S. 24. — Ebenso neuerdings *Peters*: Lehrbuch der Verwaltung, S. 288 u. 312.

²¹ Dabei ist die Praxis allerdings sehr weitherzig. Vgl. BGE, 59 I 269, über die Einführung der Grenchener Vergnügungssteuer.

ihr durch Verfassung oder Gesetz zur eigenen, selbständigen Regelung überlassen wird, gleichgültig ob durch Kann- oder durch Soll-Vorschrift. Den obligatorischen Aufgaben stehen dabei die fakultativen²², d. h. die freiwillig selbstgewählten und die gesetzlich fakultativ zugewiesenen gegenüber. Auf diese Weise bestimmt sich der Kreis der Selbstverwaltung der Gemeinden nach dem jeweiligen kantonalen Recht; damit werden aber diejenigen Aufgaben festgelegt, die den Gemeinden nur im Wege der Gesetzgebung wieder entzogen werden können. Staatsverwaltung ist demnach nur das, was materiell durch kantonales Gesetz und Verordnung geregelt ist, und den Gemeinden (nur eventuell) als Ausführungsorganen überlassen ist. Das Kriterium für diese Unterscheidung bildet, um es noch einmal zu wiederholen, einzig und allein das positive kantonale Recht.

Nawiasky sucht in seinem Artikel über die Gemeindeautonomie²³ überall dort Selbstverwaltungsaufgaben anzunehmen, wo von der Gemeinde selbst gewählte Organe tätig sind²⁴. Dies hiesse aber, das Wesen der Selbstverwaltung, als eines föderalistischen Freiheitsrechtes ganz bestimmter Körperschaften verkennen, denn dadurch würde eben der prinzipielle Unterschied zwischen den mit Autonomie ausgestatteten Gemeinden und den andern, nichtautonomischen Gebilden der staatlichen Dezentralisation, wie Kreisen und Bezirken, verwischt, da diese, obwohl ausschliesslich Staatsorgane, ebenfalls ihre Behörden und Beamten selbst wählen. Das eine — selbstgewählte Organe — ist eine demokratische, das andere — die Selbstverwaltung — eine föderalistische und gleichzeitig demokratische Institution. Ausserdem würden sich die Begriffe Selbstverwaltung und Staatsverwaltung weitgehend überschneiden, wollte man nicht annehmen, Staatsverwaltung sei nur das, was durch Organe zur Ausführung gelange, die durch die Verwaltungshierarchie selbst eingesetzt werden. Selbstverwaltung, das haben wir bereits einleitend bemerkt, ist nur ein Teil der Autonomie eines Selbstverwaltungskörpers, ein Begriff also, der nicht weiter sein kann, als der der Autonomie selber. Damit tritt auch die Doppelstellung der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper und als Organ

²² *Nawiasky*: Gemeindeautonomie, S. 20.

²³ *Nawiasky*: a. a. O., S. 23.

²⁴ Ebenso: *Kelsen*: Souveränität, S. 287. — a. A. *Reinhardt*: a. a. O. S. 27.

der Staatsverwaltung klar zutage: ein Resultat, das vielleicht einer an einem festen System orientierten Theorie unbequem sein mag, nichtsdestoweniger aber dem positiven thurgauischen Gemeinde-recht zugrunde liegt.

Schliesslich ist noch Stellung zu nehmen zu der Einteilung der Gemeindeaufgaben in eigene und übertragene, wird eine solche doch nicht nur von den meisten Autoren vertreten²⁵, sondern liegt auch dem positiven thurgauischen Recht zugrunde, ja hat dort sogar zur Zuteilung der verschiedenen Aufgabenkreise an verschiedene Arten von Gemeinden geführt²⁶. Wie wir oben gesehen haben, ist eine solche Unterscheidung nur dann möglich, wenn man die Lehre von der Staatlichkeit allen Rechts²⁷ ablehnt, da ja sonst für eigene Aufgaben kein Platz wäre²⁸. Voraussetzung ist die Anerkennung des Gegensatzes von Staatsverwaltung und Selbstverwaltung. — Es fragt sich nun, ob diese Einteilung mit dem Gegensatz Staatsverwaltung-Selbstverwaltung zusammenfalle, d. h. dass der eigene Wirkungskreis mit dem Begriff der Selbstverwaltung identisch wäre und andererseits der übertragene Wirkungskreis mit dem der Staatsverwaltung, oder ob vielmehr eigener Wirkungskreis nur das sei, was die Gemeinde aus eigenem Antrieb zur Besorgung übernommen habe, alles andere aber zum übertragenen Wirkungskreis zähle. Um diese Frage lösen zu können, müssen wir auf das Kriterium dieser Unterscheidung zurückgehen. Aber auch dabei stossen wir auf eine Kontroverse. Immerhin geht die herrschende Meinung dahin, den eigenen Wirkungskreis soweit zu ziehen, als die Aufsicht des Staates über die Gemeinden nur als Rechtskontrolle ausgeübt wird, alle jene Gebiete dagegen, wo der Staat auch Ermessenskontrolle ausübt, zu den übertragenen Angelegenheiten zu rechnen²⁹.

Ermessen ist «die Wahl zwischen mehreren Mitteln, durch die eine Pflicht oder Bedingung erfüllt oder ein Zweck erreicht werden kann»³⁰. Von dieser allgemeinen Fassung ausgehend, sehen wir, dass das Ermessen bald weit, bald aber sehr eng sein wird, je nach-

²⁵ so *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 74. — *Nawiascky*: a. a. O., S. 16.

²⁶ §§ 6, 7 GOG, vgl. 4. Abschn. §§ 11+ 12.

²⁷ *Reinhardt*: a. a. O., S. 35.

²⁸ a. A. *Olgiati*: Bündner Gde.autonomie, S. 78.

²⁹ *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 75. — *Nawiascky*: a. a. O., S. 23. — Anderer Ansicht ist *Liver*: Gemeinderecht, S. 44.

³⁰ Definition in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft v. *Stier-Somlo-Elster*, Berlin und Leipzig 1927, 2. Band.

dem, wie weitgehend der Gesetzgeber den Tatbestand normiert hat. Dieser quantitative Unterschied ändert aber nichts am Wesen des Ermessens. — Ermessensfreiheit, als Gegensatz zur Ermessensgebundenheit, ist die Freiheit des Ermessensbegabten, sein Ermessen — innerhalb der Schranken der Rechtsordnung — ohne Beeinflussung oder Kritik durch eine andere Instanz zu betätigen. M. a. W. wird jeder, im Rahmen seiner Kompetenz durch den Ermessensträger gesetzte Rechtsakt durch diesen Konkretisierungsvorgang, d. h. durch die Betätigung des Ermessens, zu einem rechtlich erheblichen.

Wenn dem Begriff der Ermessensfreiheit diese Bedeutung zukommen soll — und eine andere kann man ihm m. E. nicht zulegen, da sonst nicht erfindlich wäre, worin die «Freiheit» noch bestehen würde — fragt es sich, ob diese Ermessensfreiheit eine Ermessenskontrolle ausschliesse³¹, oder ob umgekehrt eine Ermessenskontrolle gerade eine Ermessensfreiheit voraussetze³². Untersuchen wir zuerst den Begriff der Ermessenskontrolle. Ausgangspunkt ist dabei der Gegensatz zur Rechtskontrolle, die ihrerseits als Ueberprüfung eines Normsetzungsaktes durch eine Oberbehörde auf Uebereinstimmung mit der resp. den höheren Normen charakterisiert sei. Zweck dieser Rechtskontrolle ist derselbe, den wir bei Behandlung der Staatsaufsicht wieder antreffen werden. Rechtskontrolle in diesem Sinne ist nichts anderes, als ein Mittel, die «Gesetzmässigkeit der Verwaltung» zu gewährleisten.

Das Gegenstück dazu ist die Ermessenskontrolle. Ermessenskontrolle kann nicht so begriffen werden, dass damit jede tatsächliche Ueberprüfung der Rechtsakte eines Ermessensbegabten, d. h. eben seiner Ermessensbetätigungen, gemeint wäre, denn auch bei der Rechtskontrolle bilden diese Ermessensbetätigungen das Objekt der Ueberprüfung. Ermessenskontrolle muss denn notwendigerweise bedeuten die Ueberprüfung dieser Ermessensbetätigungen auf ihre Zweckmässigkeit, Angemessenheit usw., das heisst aber auf ihre Uebereinstimmung mit dem Ermessen des kontrollierenden Organs. — Wenn wir nun das Resultat dieser Begriffsbestimmung betrachten und die Ermessensfreiheit der Ermessenskontrolle gegenüberstellen, so ist die grosse Streitfrage auch bereits gelöst: Ermessensfreiheit und Ermessenskontrolle schliessen sich gegenseitig aus. Das-

³¹ so *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 75.

³² so *Liver*: Gemeinderecht, S. 44.

selbe folgt aber auch aus dem Wesen und Zweck der beiden Begriffe. Ermessenskontrolle kann nur dann einen Sinn haben, wenn die Aufsichtsbehörde bei Nichtübereinstimmen der beiden Ermessensakte ihre Lösung anstelle derjenigen des beaufsichtigten Organs setzen kann. Auf diese Weise wird aber die Freiheit des Ermessens des untergeordneten Organs ausgeschaltet, nicht aber das Ermessen als solches.

Die Ansicht *Livers* muss deshalb als unzutreffend abgelehnt werden³³, da Rechtskontrolle nicht eine Schranke der Ermessensfreiheit ist, sondern nur ein Mittel, die Einhaltung der der Ermessensfreiheit gesetzten Schranken zu gewährleisten³⁴.

Auf Grund dieser Erkenntnis können wir zu der weiteren Frage übergehen, ob das Vorhandensein oder Fehlen einer Ermessenskontrolle als Kriterium für die Unterscheidung in einen eigenen und übertragenen Wirkungskreis in Betracht komme. Wir haben gesehen, dass eine Ermessensfreiheit nur dort bestehen kann, wo keine Ermessenskontrolle, sondern nur eine Rechtskontrolle (wenn schon eine Kontrolle, was allerdings die Regel ist) vorhanden ist. Wo aber eine Ermessenskontrolle gegeben ist, da kann das Ermessen des Aufsichtsorgans dasjenige des beaufsichtigten ersetzen, ja wird es auch immer dann, wenn die beiden Entscheidungen nicht übereinstimmen. Ein Akt des dieser Aufsicht unterstellten Organs wird hier erst rechtskräftig, wenn die Aufsichtsbehörde mitgewirkt hat. Diese Tatsache ist aber mit dem Wesen der Gemeindeautonomie unvereinbar, bei Vorliegen einer solchen Ermessenskontrolle kann es sich nicht um autonome Aufgaben, solche der Selbstverwaltung handeln, aber ebensowenig um eigene, sondern ausschliesslich um staatliche. In dieser Beziehung ist die Auffassung der herrschenden Lehre sicher zutreffend, dass Ausschluss einer Ermessenskontrolle notwendiger Wesensfaktor des eigenen Wirkungskreises ist³⁵.

Nun endlich soll auch zur Frage des Verhältnisses der beiden Gegensatzpaare: eigener und übertragener Wirkungskreis und Selbstverwaltung und Staatsverwaltung, Stellung genommen werden.

³³ *Liver*: a. a. O. S. 44.

³⁴ siehe auch hinten § 5.

³⁵ so *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 75. — *Naviasky*: Gde.autonomie, S. 16. — ebenso *Bütikofer*: a. a. O. S. 42 und *Althaus*: Gemeindeunterabteilungen, S. 8 und 11. Anderer Meinung: *Olgiati*: a. a. O. S. 25 und *Schwander*: a. a. O. S. 84.

Eindeutig ist einmal, dass die Staatsverwaltung, soweit sie natürlich von den Gemeinden ausgeübt wird, nur zu deren übertragenen Wirkungskreis gezählt werden kann, da alle diese Aufgaben primär solche der Staatsverwaltung sind und nur im Sinne der Dezentralisation — durch Gesetz oder auch nur Verordnung — den Gemeinden zur Besorgung übertragen werden. Zu untersuchen bleibt denn einzig, ob der Begriff der Selbstverwaltung nur den eigenen Wirkungskreis oder aber auch einen Teil des übertragenen umfasse³⁶. Das hängt davon ab, wie weit man den Begriff des eigenen Wirkungskreises fasst. Es liegt sicher nahe, darunter — ausser der Regelung der eigenen, inneren Organisation — nur jene Aufgaben zu verstehen, die eine Gemeinde selbständig in den Bereich ihrer Wirksamkeit zieht³⁷. Dazu mag vielleicht der Ausdruck «eigen» verleiten. Eine entscheidende rechtliche Bedeutung käme aber meines Erachtens einer solchen Begriffsbestimmung nicht zu, denn das allgemein anerkannte³⁸ Wesensmerkmal der eigenen Aufgaben, das Fehlen einer Ermessenskontrolle, wäre dann nicht mehr auf den eigenen Wirkungskreis beschränkt, sondern würde sich auf alle jene «übertragenen» Aufgaben erstrecken, die ebenfalls zur Selbstverwaltung gezählt würden, da, wie wir gesehen haben³⁹, Selbstverwaltung und Ermessenskontrolle sich gegenseitig ausschliessen. Auf diese Weise die Trennungslinie zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis ziehen, würde nichts anderes heissen, als darauf abstellen, ob Verfassung oder Gesetz eine bestimmte Aufgabe überhaupt nicht erwähnen, den Gemeinden also frei bleibt sie zu übernehmen, oder ob eine Vorschrift diese ausdrücklich den Gemeinden zur Besorgung überlasse. Damit würde eine Einteilung getroffen, die auf einer mehr zufälligen Tatsache aufbaut und deshalb auch nur historischen Wert beanspruchen könnte.

Vielmehr gilt es, die entscheidende Abgrenzung zwischen Selbstverwaltung und Staatsverwaltung gerade dadurch hervorzuheben, dass man die — für den Fortbestand der Gemeindeautonomie nicht ungefährliche — Doppelstellung der Gemeinden durch die Bezeichnung eines eigenen und eines übertragenen Wirkungskreises noch

³⁶ dazu *Nawiasky*: ebendort, S. 18, aber auch S. 24, Zeile 11.

³⁷ *Liver*: Gemeinderecht, S. 44.

³⁸ so *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 75.

³⁹ Vgl. vorne S. 32.

besser durchleuchtet. So und nur so hat es einen Sinn, die beiden Wirkungskreise nach dem Kriterium der Ermessenskontrolle zu unterscheiden. Daran kann natürlich auch die Tatsache nichts ändern, dass sehr oft der Staat auch in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises die ihm begrifflich zustehende Ermessenskontrolle nicht ausübt, da eine bis ins Detail ausführliche gesetzliche Regelung eine Beschränkung der Aufsicht auf die Rechtskontrolle erlaubt⁴⁰. Es braucht auch nicht betont zu werden, dass durch diese Nichtausübung der Ermessenskontrolle die betreffenden Aufgaben noch nicht zu eigenen der Gemeinde werden, da nach unserer Begriffsbestimmung eigene und Selbstverwaltungsangelegenheiten zusammenfallen, und diese letzteren sich einzig und allein nach der Regelung des positiven kantonalen Rechts bestimmen lassen⁴¹.

Zusammenfassend können wir denn sagen, dass die Unterscheidung, ob Rechtsaufsicht oder auch Ermessensaufsicht bestehe, begrifflich als Kriterium für die Scheidung in eigenen und übertragenen Wirkungskreis geeignet ist, ohne Einschränkung dahin, dass mit dem eigenen Wirkungskreis auch Ermessensfreiheit und damit nur Rechtskontrolle und keine Ermessenskontrolle verbunden ist, anderseits für den übertragenen Wirkungskreis nur soweit, als eine Ermessenskontrolle nicht durch Regelung auch der Detailfragen im Gesetz unnötig — nicht unmöglich — ist.

Schliesslich noch einige Bemerkungen zur Unterscheidung von fakultativem und obligatorischem Wirkungskreis⁴². Diese Einteilung hat vorwiegend klassifikatorische Bedeutung, da ihre rechtliche Tragweite in bescheidenem Rahmen bleibt. Der Grossteil der Aufgaben einer Gemeinde sind solche, die sie zu erfüllen die Pflicht hat. Darunter fallen insbesondere nicht nur die übertragenen Aufgaben — diese natürlich ohne Ausnahme —, sondern auch die eigenen Aufgaben in ihrer Mehrzahl. Fakultativ sind regelmässig Aufgaben, die die Gemeinde zusätzlich oder in einem weitergehenden Umfange neben den obligatorischen übernehmen kann. Frei ist die Gemeinde dabei nur in der Frage, ob sie die betreffende Aufgabe übernehmen wolle oder nicht. Hat sie eine solche einmal übernom-

⁴⁰ *Liver*: a. a. O. S. 44 macht auf diesen Zustand aufmerksam und kommt zur Ablehnung der oben S. 30 zitierten, herrschenden Lehre.

⁴¹ siehe vorn S. 27.

⁴² so unterscheidet z. B. *Reinhardt*: a. a. O. S. 38.

men, so hat sie diese auch richtig durchzuführen. Gewiss wird ihr prinzipiell das Recht, eine übernommene Aufgabe wieder fallen zu lassen, nicht abgesprochen werden können, praktisch wird dies aber in gewissen Fällen kaum mehr möglich sein ⁴³.

Wenn *Nawiasky* einen Begriff «Pflichtaufsicht» kennt ⁴⁴, so kann darunter nur die Rechtsaufsicht darüber zu verstehen sein, dass eine Gemeinde eine bestimmte obligatorische Aufgabe überhaupt an die Hand nimmt. Dass sich die Rechtsaufsicht auch auf diese Frage bezieht, ja beziehen muss, versteht sich m. E. von selber. — Abschliessend nennen wir Selbstverwaltung alle jene Tätigkeit einer Gemeinde, die weder rechtsetzend noch rechtsprechender Natur ist und nicht Aufgaben beschlägt, die ihr durch Gesetz oder Verordnung als Angelegenheit der Staatsverwaltung übertragen sind.

Erst beim Eintreten auf das positive thurgauische Gemeinde-recht ⁴⁵ werden wir die hier schematisch gezeichneten Umrisse auf ihre Gültigkeit nachprüfen können.

§ 5. Begriff der Staatsaufsicht

Nur wenige Worte sind einleitend zu sagen, warum überhaupt eine Staatsaufsicht notwendig und begrifflich mit der Autonomie vereinbar ist. Ohne die Autonomie in ihrer Bedeutung als föderalistisches Freiheitsrecht irgendwie zu berühren, ist im Gegenteil im Wesen der Selbstverwaltung das Moment der Pflicht zur Erfüllung der dem Selbstverwaltungskörper als Lebenszweck gestellten Aufgabe mitenthaltend, und die Erfüllung dieser Pflicht ist es, die einer Aufsicht ruft, diese rechtfertigt ¹. Treffend charakterisiert in dieser Beziehung *Osenbrüggen* ², wenn er sagt, «dass in der Schweiz die Selbständigkeit der Gemeinde die natürliche Regel, die Oberaufsicht des Staates die natürliche Ergänzung sein soll».

Wenn wir, wie auch die herrschende Lehre, das Unterordnungs-verhältnis innerhalb der staatlichen Verwaltung mit dem Ausdruck Dienstaufsicht bezeichnen, so muss die Aufsicht des Staates über

⁴³ so z. B. im Falle der Einführung einer Versicherung nach dem Umlage-verfahren.

⁴⁴ *Nawiasky*: a. a. O. S. 23.

⁴⁵ siehe § 6. III. hinten.

¹ *Rosin*: Recht der öff. Genossenschaft, S. 19.

² *Osenbrueggen*: Gemeindewesen der Schweiz, S. 32.

die Gemeinden, d. h. über die Selbstverwaltung, allgemein einfach mit Staatsaufsicht bezeichnet, einen Gegensatz zur Dienstaufsicht darstellen ³.

Es ist nun aber nicht erfindlich, welches das Kriterium für diese Gegensätzlichkeit wäre, wenn nicht die Art der Aufsicht, nämlich die Beschränkung auf eine Rechtskontrolle einerseits und die Erstreckung auch auf Ermessensfragen auf der anderen Seite ⁴. *Liver*, der diesen Maßstab ohne stichhaltigen Grund ablehnt, zeigt denn auch keinen andern Weg, diese beiden Begriffe grundsätzlich voneinander zu unterscheiden ⁵.

Staatsaufsicht ist, wie wir eben gesehen haben, nicht einfach die Aufsicht des Staates über die gesamte Tätigkeit der Gemeinden, sondern nur jene über die eigenen Angelegenheiten, die nach unserer Anschauung den Inhalt der Selbstverwaltung ausmachen ⁶. Dagegen sind die Gemeinden in ihrem übertragenen Wirkungskreis, wie andere Organe des Staates, dessen Dienstaufsicht unterstellt. Auf diesem Gebiete wird die Betätigung der Gemeinde durch allfällige Eingriffe der Träger der Dienstaufsicht, in Form von verbindlichen Richtlinien, Weisungen, Kreisschreiben usw., beschränkt. Anders, wie wir gesehen haben, bei der Staatsaufsicht, die nicht eine Schranke der Selbstverwaltung darstellt, im Sinne einer Generalklausel, sondern einzig und allein ein Mittel ist, die Einhaltung der Schranken der Selbstverwaltung — einzig Verfassung und Gesetz — sicherzustellen.

Es ist deshalb falsch zu sagen, es liege im Wesen der Staatsaufsicht, dass sie sich nur soweit erstrecken dürfe, als eine gesetzliche Norm dies ausdrücklich sage ⁷. Gerade in der Natur der Selbstverwaltung und in ihrem Verhältnis zum Staat liegt die Rechtfertigung, ja die Notwendigkeit einer Staatsaufsicht, wobei sie eben nur solange Staatsaufsicht bleibt, als sie nur Rechtskontrolle ist. Dazu ist prinzipiell eine gesetzliche Regelung im Sinne einer ausdrücklichen Ermächtigung gar nicht nötig. Andererseits wird eine Aufsicht, sobald

³ schon *Hirzel*: Die Aufsicht des Staates über die Gemeinde, S. 48.

⁴ Dieselbe Ansicht vertreten auch *Reinhardt*: a. a. O. S. 55. — *Schwander*: Rechtsetzung durch die Gemeinden, a. a. O. S. 25 und *Peters*: Lehrbuch der Verwaltung, S. 317.

⁵ *Liver*: Gemeinderecht, S. 44.

⁶ Vgl. vorn S. 34. — ebenso: *Hirzel*: a. a. O. S. 48.

⁷ *Hirzel*: Staatsaufsicht, a. a. O. S. 69.

sie als Ermessenskontrolle ausgeübt wird, zur Dienstaufsicht als Gegensatz zu unserem Begriff der Staatsaufsicht, und bedeutet, vorausgesetzt, dass sie sich auf den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde erstreckt, einen Einbruch in die Gemeindeautonomie. Daran ändert auch eine allfällige gesetzliche Ermächtigung nichts.

So bedeutet die Tatsache, dass die Normen über die Staatsaufsicht sehr oft unbestimmt allgemein gehalten sind, und dem Regierungsrat, als Oberaufsichtsinstanz, die nähere Regelung überlassen wird⁸, keineswegs, dass sich dieser dabei nicht an den Grundsatz der Rechtskontrolle halten müsse.

Eine nur scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz ist der in den meisten Kantonen als schärfste Massnahme vorgesehene Entzug⁹ der Selbstverwaltung. Trotzdem dies gleichzeitig mit der Staatsaufsicht geregelt wird und meist auch die Aufsichtsbehörde, der Regierungsrat, mit der Verhängung dieser Massnahme betraut ist, handelt es sich hier materiell nicht um einen Akt der Staatsaufsicht, also um einen Verwaltungsakt, sondern um einen verfassungsstufigen, individuellen Rechtsakt. Der Begriff der Staatsaufsicht in seiner Gegensätzlichkeit zum Begriff der Dienstaufsicht würde preisgegeben, wenn man in diesem Falle ebenfalls einen Aufsichtsakt annehmen wollte. Damit würde aber überhaupt die Autonomie in Frage gestellt. Dass praktisch die Aufsichtsbehörde zu diesem, die Substanz der Autonomie direkt treffenden, Schritt zuständig ist, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass begrifflich die gemachte Unterscheidung vorzunehmen ist. Einen Hinweis auf die Tragweite dieser, angesichts der grossen Bedeutung der Gemeindeautonomie, eher fragwürdigen Regelung, bildet die als Sicherheitsventil gedachte, nachträglich einzuholende Genehmigung durch den Grossen Rat¹⁰.

Unter Staatsaufsicht verstehen wir denn die Befugnis des Staates, die Selbstverwaltungstätigkeit der Gemeinden auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen.

⁸ 80 z. B. im Thurgau, § 43 GOG.

⁹ für den Thurgau, § 46 GOG.

¹⁰ § 40 Abs. 2, Satz 2 GOG.

Zweiter Abschnitt

DIE GEMEINDEAUTONOMIE DES THURGAUISCHEN RECHTS

§ 6. Inhalt der Gemeindeautonomie

Nachdem wir die wichtigsten Begriffe kurz skizziert haben, können wir uns unserer eigentlichen Hauptaufgabe zuwenden, nachzuforschen, worin die Autonomie der Gemeinden im Kanton Thurgau besteht. Dabei soll absichtlich nicht ein allgemeines Bild des gesamten thurgauischen Gemeindewesens gegeben werden, da ein solches Unterfangen über den Rahmen der gestellten Aufgabe hinausgehen würde, sondern das thurgauische Gemeinderecht soll nur dazu herangezogen werden, um das Wesen und die Besonderheiten der thurgauischen Gemeindeautonomie gebührend hervortreten zu lassen.

I. Institutionelle Garantie

Bevor wir anhand des thurgauischen Rechts materiell auf den Inhalt der Gemeindeautonomie eintreten, ist noch ein Blick zu werfen auf die formelle Garantie der Gemeindeautonomie als Institution, auf die institutionelle Garantie.

Wenn wir unter der Gemeindeautonomie das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden als verfassungsmässiges Grundrecht gewertet haben¹, so sind wir einigermassen erstaunt, dass die thurgauische KV keinen ausdrücklichen Garantieartikel aufweist. Zuweilen ist versucht worden, aus der Bestimmung des § 47, Abs. 1, 2. Halbsatz der KV² eine verklausulierte, allgemeine Garantie der Gemeindeautonomie abzuleiten. Ein solcher Versuch ist unnötig, denn der fragliche Artikel der KV spricht nicht nur das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden für die spezielle Angelegenheit der Gemeinde-

¹ vgl. vorne S. 22.

² Die betreffende Stelle lautet: «...; innerhalb der Schranken dieser Zweckbestimmung geniessen die Gemeinden und Korporationen des Rechtes freier Verfügung, und es soll die Oberaufsicht der Staatsbehörden auf diejenigen Massnahmen sich beschränken, welche die Erhaltung der Gemeindegüter und die Obsorge für das öffentliche Wohl der Gemeinden und Korporationen mit Notwendigkeit erheischen.»

und Korporationsgüter aus, sondern geht, wie verschiedene andere Verfassungsbestimmungen³, stillschweigend vom Grundsatz der Gemeindeautonomie aus. So hat der Gesetzgeber in § 5 des GOG nicht das Versäumte nachholen wollen, indem er die Gemeindeautonomie wenigstens im Gesetz verankerte, sondern jener Bestimmung kommt, wie wir noch sehen werden, noch eine andere wesentliche Bedeutung zu⁴.

Unabhängig davon, ob die Gemeindeautonomie ausdrücklich in der Verfassung garantiert werde, hat das Bundesgericht in langer und sicherer Rechtsprechung auch dort ein verfassungsmässiges Recht der Gemeinden auf Selbstbestimmung angenommen, wo die Gemeindeautonomie dem kantonalen Recht zugrunde liegt⁵. Mit Recht, denn die formelle Tatsache, dass die Gemeindeautonomie nur gesetzlich ausdrücklich verankert ist, kann das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden nicht ihres grundrechtlichen Charakters berauben: Grundrecht heisst aber verfassungsmässiger Rechtsschutz.

Zum gleichen Resultat kommen wir auch, wenn wir vom Begriff der Gemeinde ausgehen: Gemeindeautonomie ist Wesensfaktor der thurgauischen Gemeinde⁶.

Ist die Theorie nur zögernd zur Anerkennung einer solchen Autonomie gekommen, so hat die Praxis an deren institutionellen Garantie nie die geringsten Zweifel aufkommen lassen⁷.

II. Verfassungsautonomie

Wenn wir nun materiell auf die Gemeindeautonomie des thurgauischen Rechts eintreten, so unterscheiden wir, analog der von der herrschenden Lehre für die staatlichen Funktionen vorgenommenen Einteilung in rechtsetzende, rechtsanwendende und rechtspre-

³ so neben andern: §§ 46 und 48 KV.

⁴ § 5, Abs. 1 GOG stellt die — thurgauisch gefärbte — auch in andern Kantonen gebräuchliche Form des Garantieartikels der Gemeindeautonomie dar: «Die Orts- und Munizipalgemeinden ordnen ihre eigenen Angelegenheiten in den Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig.» Dieser Satz wird im folgenden noch näher zu untersuchen sein, vgl. S. 44.

⁵ BGE 46 I 384, Erw. 2 und 52 I 361, Erw. 3.

⁶ wie sie sich im speziellen für die Kirchgemeinde aus § 58 KV ergibt.

⁷ Wo Streitigkeiten vorgekommen sind, hat es sich jeweils um die Frage des Inhalts der Gemeindeautonomie gehandelt, nie aber ist die Gemeindeautonomie als solche in Zweifel gezogen worden.

chende⁸, einmal das Recht zur Setzung genereller Normen, nämlich zur Verfassungsgesetzgebung und zur gewöhnlichen Gesetzgebung, die Regelung der eigenen inneren Organisation, hier Verfassungsautonomie genannt⁹, dann die Befugnis zur Selbstverwaltung, wozu bis zu einem gewissen Grade auch der Erlass von Verwaltungsverordnungen gerechnet wird, unter der Bezeichnung «Verwaltungsautonomie», und schliesslich noch gewisse Rechtsprechungskompetenzen.

Unsere Aufgabe wird nun darin bestehen, aufzuweisen, was wir unter der in § 5, Abs. 1 des G O G ausgesprochenen Gemeindeautonomie zu verstehen haben. Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich darüber recht wenig entnehmen, verständlich, wenn man die tiefe Verwurzelung der föderalistischen Struktur des Kantons Thurgau in Betracht zieht. So braucht denn der Regierungsrat in seiner Botschaft zum G O G vom 19. Januar 1945 nur zu sagen, dass die «Organisation der Gemeinden... auf dem Grundsatz der Gemeindeautonomie aufgebaut» sei¹⁰ und allgemeiner noch, «dass das Gesetz im grossen und ganzen vom Grundsatz der Organisationsfreiheit beherrscht ist»¹¹.

Wenn wir den Wortlaut des § 5 G O G mit den von andern Kantonen formulierten Garantieartikeln vergleichen, fällt sofort auf, dass bei uns zwei verschiedene Gemeindearten ausdrücklich Autonomie geniessen. Ohne weiteres ist klar, dass dieser § nicht dieselbe allgemeine Bedeutung haben kann, wie die analogen Garantieerklärungen in andern Kantonen. Andererseits wollte der thurgauische Gesetzgeber aber auch nicht die übrigen Gemeinden, wie Bürger-, Schul- und Kirchgemeinden von der Gemeindeautonomie ausnehmen, da dieses Grundrecht allgemein im thurgauischen Gemeindebegriff enthalten ist, sondern die besondere Bedeutung des § 5, Abs. 1 G O G liegt, wie später im einzelnen noch auszuführen sein wird¹², darin, dass die Autonomie der Munizipalgemeinde derjenigen der Ortsgemeinde gleichgestellt ist. Bei dieser Zweitheit von politischen Gemeinden fragt sich nun zuerst, ob die Gemein-

⁸ anders *Kelsen*: Reine Rechtslehre, S. 82.

⁹ Verfassung im Sinne von *Fleiner/Giacometti*: a. a. O. S. 21.

¹⁰ Botschaft des RR, a. a. O. S. 10.

¹¹ ebendort, S. 11.

¹² Vgl. hinten, S. 46.

den auch die Trennungslinie ihrer gegenseitigen sachlichen Zuständigkeit selber ziehen könnten.

I. Ausscheidung der Aufgaben verschiedener Gemeinden.

Wenn wir ganz allgemein Nachschau halten, wie weit der staatliche Gesetzgeber einer bestimmten Art von Gemeinden auch ganz bestimmte Aufgaben zugeschieden hat, so können wir einmal die drei speziellen Gemeinden, Bürger-, Schul- und Kirchgemeinde vorwegnehmen, denen, wie schon ihr Name sagt, ein enger, spezifischer Tätigkeitsbereich zukommt, der bereits durch die KV festgelegt wird¹³. Neben den ihrer Natur entsprechenden Aufgaben sind diesen Spezialgemeinden durch Gesetz noch andere sekundäre Angelegenheiten zur Besorgung aufgetragen. Hier sei nur das wichtige Armenwesen erwähnt, das Sache der Kirchgemeinden ist¹⁴.

Eigentlich sollte man annehmen, dass auch bei der Verteilung der allgemeinen, politischen und wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben der Staat ausschliesslich massgebend sei als eine über den prinzipiell gleichberechtigten Gemeinden stehende *potentior persona*. Gewiss wird die grundsätzliche Ausscheidung der Aufgaben im Gesetz vorgenommen¹⁵, wie wir noch des nähern sehen werden. Trotzdem bleibt aber den beiden politischen Gemeinden, Orts- und Munizipalgemeinden, ein Selbstbestimmungsrecht auch in dieser Frage. Zusammen mit dem Gemeindedualismus, und aus diesem entstanden, ist dieses Stück Autonomie — eine solche der äussern Organisation — das Charakteristikum des thurgauischen Gemeinderechts, das in keinem andern Kanton eine Parallele findet. Gerade deshalb sei mit ganz besonderem Nachdruck darauf hingewiesen.

Betrachten wir die Regelung im einzelnen: Das GOG teilt in § 6 der Ortsgemeinde prinzipiell die örtlichen Aufgaben, die, wie wir weiter vorn gesehen haben¹⁶, den Inhalt der Selbstverwaltung ausmachen, der Munizipalgemeinde aber in § 7, Abs. 1 die staatlichen Verwaltungsaufgaben zu. Wäre diese Zusecheidung der Aufgaben streng durchgeführt, so würde die Frage auftauchen, ob die Munizi-

¹³ KV § 44 Abs. 2 f. d. Bürgergemeinden, KV § 48 für die Schulgemeinden, KV § 58 f. d. Kirchgemeinden.

¹⁴ Armengesetz § 7.

¹⁵ GOG § 6 für die Ortsgemeinden, GOG § 7 für die Munizipalgemeinden.

¹⁶ siehe vorn S. 26.

pale, die ja dann — nach unserer Auffassung¹⁷ — keine Selbstverwaltung mehr zu führen hätte, überhaupt nur noch reines Staatsorgan und nicht mehr autonome Körperschaft wäre. Dies ist nun eben deshalb zu verneinen, weil GOG § 5 auch der Munizipalgemeinde, gleich wie der Ortsgemeinde die Autonomie garantiert. Auch ihre Autonomie hat aber die schwerwiegende Bedeutung eines Grundrechtes und ist unabhängig davon, wie gross der Kreis der eigenen Aufgaben, der Inhalt der Autonomie, ist, besteht also auch dann, wenn sich die Selbstbestimmung auf das nudum ius, die Festsetzung der eigenen Organisation reduziert.

Praktisch ist nun die Verteilung der Aufgaben der §§ 6 und 7, Abs. 1 GOG weder eine abschliessende, lückenlose noch eine starre, unabänderliche. Ja der Gesetzgeber hat überhaupt verzichtet, eingehend die Rollen zu verteilen. Er überlässt es den beiden politischen Gemeinden, von der prinzipiellen Ausscheidung des Gesetzes abzuweichen, einmal in dem Sinne, dass Aufgaben der Ortsgemeinde an die Munizipalgemeinde übertragen werden¹⁸. Diese Bestimmung soll ermöglichen, die Erfüllung aller Aufgaben auch in kleinsten Ortsgemeinden sicherzustellen. Die Munizipalgemeinden, die das Gebiet einer oder (meistens) mehrerer Ortsgemeinden umfassen¹⁹, bieten dafür dank ihrer grösseren Mittel die nötige Gewähr. Dabei wird die Selbständigkeit der Ortsgemeinden dadurch gewahrt, dass alle, der betreffenden Munizipale angehörenden Ortsgemeinden zustimmen müssen²⁰. Nur wenn eine oder mehrere Gemeinden, die nicht zustimmen, objektiv zur weiteren Besorgung der Aufgabe nicht geeignet oder dazu ausserstande sind, eine Einigung zwischen den verschiedenen beteiligten Gemeinden nicht zustande kommt, ist der Entscheid dem Regierungsrat zu übertragen. Der Sinn dieses § 7, Abs. 2 GOG ist der, dass ein Entscheid des Regierungsrates nicht schon dann Platz greifen darf, wenn nicht alle, d. h. aber wenn mindestens eine Gemeinde nicht zustimmt, im übrigen aber zur Erledigung ihrer Aufgabe fähig ist. Hingegen hat der RR zu entschei-

¹⁷ dass der eigene Wirkungskreis mit dem Inhalt der Selbstverwaltung übereinstimmt. Wenn also nur noch übertragene Aufgaben zu erledigen wären, würde auch keine Selbstverwaltung mehr vorliegen, der wesentlichste Teil der Autonomie würde damit entfallen. Vgl. vorn S. 33.

¹⁸ Dies ist vorgesehen in § 7, Abs. 2 GOG.

¹⁹ § 1 Abs. 3 GOG.

²⁰ Auch hier zeigt sich wieder das starke Gewicht der Ortsgemeinden.

den, wenn unter den Ortsgemeinden einer Munizipale «einzelne», d. h. aber mehr als nur eine, also mindestens zwei, ihre Aufgabe nicht mehr bewältigen können. Es wäre eben unbillig, mehreren Ortsgemeinden, die eine gute Verwaltung führen, eine Aufgabe deshalb zu entziehen, weil eine einzige Ortsgemeinde der gleichen Munizipale, vielleicht durch die Unfähigkeit eines Einzelnen, diese Aufgabe in unzulänglichem Masse erfüllt. Mit dieser Bestimmung soll denn nicht etwa die Entrechtung der Ortsgemeinden angebahnt werden, sondern es soll ihnen die Möglichkeit offen stehen, Aufgaben, die ihnen über den Kopf gewachsen sind, an die stärkere Munizipale abzutreten.

Auf der andern Seite soll nun aber auch die Munizipale in die Lage versetzt werden, Aufgaben, die ihr durch den Staat zugewiesen wurden, weiter auf die Ortsgemeinden zu übertragen²¹. Dabei ist sie insbesondere nicht daran gebunden, ob das delegierende Gesetz eine Weiterübertragung ausdrücklich vorsehe oder nicht²². Immerhin werden nur solche Angelegenheiten in Betracht fallen, die den beschränkten Apparat der Ortsgemeinden nicht vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellen, d. h. aber vor allem, die die finanzielle Kraft der Ortsgemeinden nicht übersteigen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind die Munizipalgemeinden zu einer solchen Delegation berechtigt, d. h. aber, dass die Ortsgemeinden in diesem Falle verpflichtet sind, die betreffenden Aufgaben und die damit verbundenen Lasten zu übernehmen. Es bleibt somit den beiden Gemeindearten auch überlassen, eine dadurch notwendig werdende finanzielle Ausgleichung durch Uebereinkunft festzulegen. Umsomehr haben sie auch selbst die Formen, die für die Uebertragung nötig sein werden, festzulegen, falls nicht das delegierende Gesetz Vorschriften darüber enthält. Zwar ist in § 8, 2. Satz GOG dem RR die Kompetenz eingeräumt, diese «Zusammenarbeit» der Gemeinden im einzelnen zu regeln, doch hat dieser, wenigstens vorläufig, darauf verzichtet, allgemeine Vorschriften zu erlassen, und

²¹ Diese Möglichkeit sieht § 8 GOG vor.

²² Diese Frage der Zusammenarbeit zweier Gemeinden in einem Falle, in dem die Zuteilung durch die Gesetzgebung nicht ausdrücklich geregelt ist, bleibt dem Entscheid des Regierungsrates überlassen. Dieser hat in der VO z. GOG § 5 keine generelle Bestimmung erlassen, sondern sich die Entscheidung im Einzelfall vorbehalten. Dieser Fall ist bis heute noch nie praktisch geworden.

sich beschränkt, allfällige Streitigkeiten zu schlichten²³. Die dem RR gesetzlich zustehende Kompetenz ist denn auch weniger dazu da, das Abwälzen von Aufgaben von der Munizipale auf die Ortsgemeinden zu fördern, als vielmehr um einem Missbrauch dieser Möglichkeit zu steuern.

Im ganzen genommen bildet die Selbständigkeit der politischen Gemeinden bei der gegenseitigen Abgrenzung ihres Arbeitsfeldes trotz der weitgehenden Einflussnahme durch Gesetzgeber und Regierungsrat einen nicht unwesentlichen, sicher aber charakteristischen Teil der thurgauischen Gemeindeautonomie.

2. Bestimmung der innern Organisation der einzelnen Gemeinde

Ohne Zweifel wäre eine Autonomie der Gemeinden ohne das Recht, ihre Organe selber wählen zu können, nicht denkbar. Nicht diese demokratische Institution, auf der allerdings der Gemeinde-Föderalismus aufgebaut ist, soll hier zur Sprache kommen, sondern die Festlegung der Organisation der Gemeinde selbst, die Bezeichnung der Behörden und die Abgrenzung deren Kompetenzen, sowie der Erlass allgemeiner Vorschriften über den Geschäftsgang bilden das Objekt einer eingehenderen Prüfung, die immer darauf ausgeht, die Autonomie und deren mannigfache Durchbrechungen aufzuzeigen. Denn trotzdem das GOG den Gemeinden auch in dieser Hinsicht Autonomie zugesteht²⁴, erleidet dieses Prinzip doch mancherlei Beschränkung.

Gleich wie unser ganzes Staatswesen auf den Grundsätzen des Liberalismus und der Demokratie fusst, hat auch die Gemeinde ihre Organisation auf diesen Grundlagen aufzubauen²⁵, unbekümmert darum, ob dieselben ausdrücklich in der Verfassung oder im Gesetz niedergelegt seien. Es ist deshalb überflüssig, diese Erfordernisse den Gemeinden noch ausdrücklich vorzuschreiben. Darüber hinaus hat der kantonale Gesetzgeber noch weitere zwingende

²³ VO RR zur Einführung des GOG, § 5.

²⁴ Unter dem Begriff «ordnen» des § 5. 1. Satz GOG ist in erster Linie das Aufstellen von organisatorischen Normen zu verstehen.

²⁵ so z. B. allg. und direktes Stimm- und Wahlrecht: GOG § 9, Abs. 2 und Stimm- und Wahl-G § 1., beschränkte Amtsdauer: GOG § 20., Unvereinbarkeitsbestimmungen: GOG § 35 u. a. m. — Abgesehen davon haben die Gemeinden schon früher und in reinerer Form als der Staat den Grundsatz der reinen Demokratie verwirklicht.

Normen aufgestellt. Er hat dabei namentlich für den ganzen Kanton Art, Bestellung, Zusammensetzung und den wesentlichsten Teil des Aufgabenkreises der Gemeindebehörden festgelegt. Gewiss haben praktische Ueberlegungen ein solches Vorgehen aufgedrängt. Besonders bei der Munizipalgemeinde wäre unter Umständen eine gleichmässige Anwendung der Gesetze nicht mehr gewährleistet und eine staatliche Kontrolle, wenn nicht verunmöglicht, so doch wesentlich erschwert ²⁶.

Diese weitgehende Detailregelung bedeutet nun, so viele praktische Vorteile sie auch aufweisen mag, einen schweren Eingriff in den Grundsatz der Gemeindeautonomie. Beim Eingehen auf einzelne gesetzliche Regelungen wird unser Augenmerk immer auf die Grenzlinie zwischen Gesetz und Autonomie gerichtet sein.

A. Die Organe der Gemeinde

a) Die «Gemeinde»

Während das thurgauische GOG den Begriff der Gemeinde in dem im ersten Abschnitt ²⁷ definierten Sinne verwendet, in Uebereinstimmung mit der Terminologie der Verfassung und der übrigen Gesetze, führt das nämliche GOG unter den allgemeinen Bestimmungen über die Organisation der Gemeinden noch einen zweiten Begriff der Gemeinde ein. Unter «Gemeinde» wird hier die «Gesamtheit der stimmberechtigten Einwohner» als «das oberste Organ der Gemeindeverwaltung» ²⁸ verstanden.

Dass in einem Gesetz ein Ausdruck von so zentraler Bedeutung für zwei verschiedene Begriffe verwendet wird, ist nicht einleuchtend. Nicht verwunderlich ist denn, dass das Volk in seiner Mundart unter dem Ausdruck «Gemeinde» nicht nur die Gemeinde als Körperschaft und die Gemeinde als oberstes Organ, sondern auch die Gemeindeversammlung versteht. Politisch mag diese Tatsache als erfreulich dafür gewertet werden, dass die demokratische Denkweise der Aktivbürgerschaft über solche begriffliche Unterschiede

²⁶ So könnten die Gemeinden für eine Aufgabe einen Einzelbeamten oder ein Kollegialorgan bestellen oder gar dieselbe der Gemeindeversammlung vorbehalten.

²⁷ siehe vorn S. 19 ff.

²⁸ so die Legaldefinition in § 9 Abs. 1, GOG.

hinweg nur auf das Wesentlichste abstellt. Juristisch müssen wir uns jedoch den Begriff des § 9, Abs. 1 GOG als eine «Gemeinde» in Anführungszeichen denken.

Die Bestimmung, wer zu dieser «Gemeinde» gehöre, nimmt das Gesetz selbst abschliessend vor: es bestimmt die Requisite der Stimmberechtigung und es sagt, wer als Einwohner anzusehen ist ²⁹.

Definitionsgemäss muss der «Gemeinde», als oberstem Organ, die letzte Entscheidung in jeder Frage zustehen, die der Gemeinde zur autonomen Regelung überlassen ist. Als Mittel, diese oberste Entscheidung auch auszuüben, steht der «Gemeinde» ohne weiteres die Möglichkeit der Delegation an eine andere Gemeindebehörde und des Vorbehaltes der Oberaufsicht offen. Es ist deshalb überflüssig, wenn § 10, Abs. 1 GOG der «Gemeinde» diese Befugnis noch speziell zuerkennt.

Die «Gemeinde» in ihrer Eigenschaft als oberstes Organ der Gemeindeverwaltung ist zugleich auch Legislative und Souverän; die reinste Form, in der die Demokratie verwirklicht ist ³⁰. In neuester Zeit bahnt sich allerdings eine Entwicklung an, die diese Unmittelbarkeit aufgeben und durch Einschalten eines Gemeindeparlamentes mediatisieren will ³¹.

Ganz allgemein besteht diese gesetzgeberische Gewalt darin, sämtliche für den richtigen Gang der kommunalen Verwaltung notwendigen Normen zu erlassen. So kann der Aufzählung in § 10, Abs. 2 GOG keine abschliessende, sondern nur eine beispielhafte, anleitende Bedeutung beigemessen werden. — Damit die von der «Gemeinde» erlassenen Normen nicht leeres Postulat bleiben, sondern sich in der Praxis durchsetzen können, muss eine strafrechtliche Ergänzung vorhanden sein. Dies geschieht nun nicht kantonaleinheitlich, sondern es bleibt den Gemeinden überlassen, reglementarisch Strafmassnahmen in Form von Bussen festzulegen ³². Diese Strafbefugnis ist grundsätzlich bereits in der Autonomie mitenthalten, denn wenn das Funktionieren der Autonomie vom Schutz

²⁹ Stimm- und Wahl-G §§ 1—3.

³⁰ GOG § 10, Abs. 1 und 2. — Anders in Bund und Kanton, wo der eigentlichen gesetzgebenden Gewalt noch der Souverän übergeordnet ist, wobei allerdings im Thurgau auch das Volk obligatorisch an der Gesetzgebung beteiligt ist.

³¹ Es handelt sich um die Neuerung des § 38 des GOG.

³² Als Strafen dürfen nur Bussen ausgefällt werden. Erst die Nichtzahlung einer Busse gibt der Gemeinde die Möglichkeit, als Sanktion die Umwandlung der Busse in Haft nach den gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen.

durch staatliche Strafnormen abhängig wäre, könnte die Selbständigkeit der Gemeinden unter Umständen illusorisch gemacht werden. Dagegen entspricht es durchaus dem Wesen der Autonomie und der Natur der Sache, dass Art und Mass der zu verhängenden Strafen im Sinne einer oberen Grenze durch den staatlichen Gesetzgeber verbindlich vorgeschrieben sind ³³.

Ist die «Gemeinde» gesetzlich als oberstes Organ bestimmt, so ist sie grundsätzlich in allen der Autonomie unterstellten Angelegenheiten zuständig. Ebenso hat sie prinzipiell das Recht, jede Aufgabe an eine bestehende oder neuzuschaffende Behörde zu übertragen. Daher hat der Gesetzgeber in § 11 GOG mit seinem Katalog von Befugnissen nicht der «Gemeinde» etwas übertragen wollen (was ihr ja ohnehin schon zusteht, wie wir gesehen haben), sondern er hat die Delegation dieser grundlegenden Befugnisse auf andere Organe ganz verbieten wollen. Durch diese Vorschrift hat der Gesetzgeber verhindern wollen, dass ein anderes Organ der Gemeinde, besonders etwa ein persönlich und wirtschaftlich einflussreicher Einzelbeamter, z. B. ein Ortsvorsteher ³⁴ in einer kleinen Ortsgemeinde, seine Machtstellung ausnützen und sich allmählich eine Befugnis nach der andern anmassen könnte. Normalerweise wären aber die aufgezählten Befugnisse infolge ihrer wesentlichen Bedeutung ohnehin der «Gemeinde» vorbehalten geblieben.

Der Gesetzgeber hat sich nun aber nicht damit begnügt, zu sagen, was die «Gemeinden» nicht weiter delegieren können, sondern auch, was ihnen an übertragbaren Befugnissen zustehe ³⁵. Da weder die Aufzählung des § 11 GOG noch jene des § 12, nach ihrem Sinn und ihrer Stellung im Gesetz die Bedeutung einer abschliessenden Inhaltsangabe der Gemeindeautonomie haben kann, anderseits aber, nach der Bestimmung der §§ 9 und 10 GOG, der «Gemeinde» sämtliche autonomen Aufgaben grundsätzlich zustehen, hat § 12 GOG nicht den Sinn einer abschliessenden Aufzählung ³⁶.

³³ Der Höchstbetrag der auszufällenden Bussen beträgt Fr. 50.—, was heute allgemein als zu gering angesehen wird. Vgl. § 10, Abs. 3, GOG.

³⁴ darüber vgl. die Ausführungen unter b. Die Gemeindebehörde, S. 55 ff.

³⁵ in der Aufzählung des § 12 GOG.

³⁶ Durch diese Vorschrift wird die Wahl des Schreibers in die Hände der Gemeindebehörde gelegt, allerdings nur dispositiv, d. h. es sind einfach Regelfall und Dispositionsmöglichkeit vertauscht.

b) Die Gemeindebehörde

Aus praktischen Gründen ist es nicht anders möglich, als dass die «Gemeinde» nur die wesentlichsten Geschäfte selber besorgen kann, und dass deshalb für die laufende Verwaltung eine, den Verhältnissen, vor allem der Geschäftslast, angepasste Behörde vorhanden sein muss. Auch hier hat der Gesetzgeber es nicht dem Gutfinden der Gemeinden überlassen, die Zusammensetzung dieser Behörde zu bestimmen, sondern er hat für den ganzen Kanton einheitliche Regeln aufgestellt.

Bei der ausserordentlich unterschiedlichen Grösse der thurgauischen Gemeinden war aber ein Eingehen auf Details zum vorneherein unmöglich. So entscheidet die Gemeinde über die Zusammensetzung dieser Behörde; sie hat allerdings mindestens einen Präsidenten³⁷ und eine Gemeindekommission von mindestens zwei Mitgliedern vorzusehen³⁸. Davon kann einer als Stellvertreter des Präsidenten oder auch als Schreiber amten³⁹. Während einerseits den grösseren Gemeinden die Möglichkeit offen steht, für ihre mannigfachen Aufgaben weitere Kommissionen zu bestellen oder auch Einzelbeamte damit zu betrauen⁴⁰, bedeutet für kleinere und kleinste Gemeinden bereits das Minimum von drei Mitgliedern einen übertriebenen Verwaltungsapparat, und manche Gemeinde, die vorher nur den Ortsvorsteher gekannt hat, hat diesen gesetzlichen Eingriff nur ungern über sich ergehen lassen.

Etwas enger ist die Selbständigkeit bei der Bestellung der Behörden der Munizipalgemeinden. Hier hat ein Gemeinderat «von wenigstens fünf Mitgliedern»⁴¹ zu bestehen. Darüber hinaus sind die Ortsvorsteher der, die betreffende Munizipale bildenden, Ortsgemeinden von Amtes wegen Mitglieder⁴², so dass überall dort, wo eine Munizipale aus mehr als fünf Ortsgemeinden besteht, der Gemeinderat auch eine umso grössere Mindestzahl Mitglieder zählen muss.

Die Bestellung der Gemeindebehörden hat in allen Fällen durch

³⁷ § 21 GOG.

³⁸ § 33. Abs. 2 GOG.

³⁹ §§ 33. Abs. 2 und 21. GOG.

⁴⁰ § 27 GOG.

⁴¹ § 34, Abs. 1 GOG.

⁴² § 34 Abs. 2 GOG.

Volkswahl in den betreffenden Gemeinden zu erfolgen⁴³. Auch die Amtsdauern sind überall dieselben und werden durch das Gesetz bestimmt⁴⁴.

Bestimmungsgemäss ist die Gemeindebehörde Vollzugsorgan in Angelegenheiten der Gemeinde und des Staates⁴⁵. Dazu muss sie das Recht besitzen, allgemeine Dienstanweisungen zu erlassen, sämtliche Ausführungsorgane und Hilfspersonen der Gemeinde beaufsichtigen zu können oder selbst die nötigen Verfügungen zu treffen. Neben diesen und noch andern allgemeinen Aufgaben, die die Gemeindebehörde von Gesetzes wegen zu besorgen hat, können ihr durch Reglement oder Gemeindebeschluss weitere Kompetenzen übertragen werden mit Ausnahme natürlich der in § 11 GOG genannten.

Innerhalb der Gemeindebehörden tritt der Vorsitzende, Ortsvorsteher in den Ortsgemeinden, Gemeindeammann in der Municipale, aber auch Bürger-, Schul- und Kirchenpräsident mit einem besonderen, reichhaltigen Pflichtenheft in den Vordergrund. So hat ein guter Kenner der thurgauischen Verhältnisse den Ortsvorsteher einmal einen «König in einem kleinen Reich»⁴⁶ genannt. Es würde denn auch den Rahmen dieser Arbeit wesentlich übersteigen, wollte man die Unzahl von Aufgaben und Kompetenzen jedes einzelnen dieser Gemeindeoberhäupter näher betrachten. Hinzuweisen ist nur noch auf die dem Präsidenten zustehende Befugnis, dringliche Geschäfte selbst zu besorgen, auch wenn diese nicht ausschliesslich zu seinen Obliegenheiten gehören⁴⁷.

Allgemein kann festgehalten werden, dass die Gemeinde frei ist in der Uebertragung von Kompetenzen an die Gemeindebehörde (immer mit Ausnahme der in § 11 GOG genannten), dass aber die Grosszahl der, den Gemeinden eine Aufgabe zuweisenden, Gesetze gerade auch die damit zu betrauende Behörde vorschreibt.

c) Das Gemeindeparlament

Als Fremdkörper in unserer sonst rein demokratisch-unmittelbar ausgestalteten Gemeindewelt ist im neuen GOG von 1944 unter dem

⁴³ §§ 20 und 34 Abs. 2 GOG.

⁴⁴ § 20 GOG.

⁴⁵ ebendort.

⁴⁶ *Leutenegger*: a. a. O. S. 58.

⁴⁷ § 26 GOG.

Druck der praktischen Bedürfnisse einiger weniger grösserer Gemeinden der § 38 und damit ein neues Organ in das Normsetzungsverfahren der Gemeinde eingeführt worden: dies ganz im Gegensatz zur Haltung in der Frage des Dualismus, wo es auch um die Erhaltung der Gemeindeversammlung geht⁴⁸. — Damit ist die Möglichkeit geschaffen, wenigstens in den grössten Gemeinden und nur durch Gemeindebeschluss, eine weitere Behörde einzuführen, welche die Gemeindeversammlung vertreten und eventuell noch weitere Befugnisse übernehmen kann. Wenn auch gewisse Grundfragen der Urnenabstimmung durch das Volk vorbehalten bleiben müssen⁴⁹ und im übrigen die Rechte der Initiative und des fakultativen Referendums gegenüber allen Beschlüssen dieses Gemeindeparlamentes gewährt werden, so bedeutet diese Neuerung als solche doch einen ersten Schritt zur Abkehr von der unmittelbaren Demokratie.

Diese mit «Grosser Gemeinderat» oder «Grosse Ortskommission» bezeichnete Institution, die wir sonst nur bei grösseren Gebilden, vornehmlich in Städten antreffen, ist die eigentliche legislative Gewalt der Gemeinde. Es ist vorauszusetzen, dass ihr, trotz des Sicherheitsventils des § 38, Abs. 2 Ziff. 3 GOG immer ausgedehntere Kompetenzen, besonders in finanzieller Hinsicht, übertragen werden.

In erster Linie soll diese neue Behörde zwar Aufgaben übernehmen, die sonst der Gemeindeversammlung zustehen, daneben aber auch solche, die normalerweise in den Kreis der ordentlichen Gemeindebehörde oder besonderer Kommissionen gehören. Was im einzelnen ihre Tätigkeit ausmachen wird, hat die Gemeinde selbst zu bestimmen.

Dass auch in bescheideneren Gemeinden von 500 Stimmberechtigten an, eine ähnliche «Entlastung» des Stimmbürgers vorgesehen ist⁵⁰, sei in diesem Zusammenhang festgehalten.

B. Die generelle Normsetzung in der Gemeinde

a) Die autonome Satzung

Das Produkt der generellen Normsetzung der Gemeinde wird allgemein als autonome Satzung bezeichnet⁵¹. Als solche wird sie

⁴⁸ so etwa in der Botschaft des RR z. GOG, S. 5. Mitte. *Fisch*: a. a. O. S. 85.

⁴⁹ § 38 Abs. 2 Ziff. 2 GOG.

⁵⁰ Eine solche erfolgt durch die Ersetzung der Gemeindeversammlung durch die Urnenabstimmung, vorgesehen in § 37 GOG.

durch die herrschende Lehre, wie auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵², in ihrer rechtlichen Tragweite dem kantonalen Gesetz und der Rechtsverordnung zur Seite gestellt, d. h. sie besitzt, vorausgesetzt dass sie im Rahmen der der Gemeinde zustehenden Autonomie erlassen worden ist, die nämliche Rechtskraft wie jene kantonalen Normen. Von diesen staatlichen Normen unterscheidet sie sich dadurch, dass sie auf der Gemeindeautonomie beruht und damit auch an deren Schranken gebunden ist⁵³. Würde sie einer Bestimmung der Verfassung oder eines Gesetzes widersprechen, wäre sie selbstverständlich von allem Anfang an nichtig.

Auf Grund dieser Erkenntnis kann der Sinn der für Gemeinde-reglemente verlangten Genehmigung⁵⁴ durch den Regierungsrat nur ein deklaratorischer sein. Dies entspricht dem Sinn der Autonomie, die keiner Mitwirkung eines staatlichen Organs bedarf, um wirksam zu werden. Die autonome Satzung tritt gemäss den für sie geltenden Formvorschriften in all ihren gesetzmässigen Teilen ohne weiteres in Kraft, und sowohl die Begutachtung durch den Bezirksrat, wie die Genehmigung des Regierungsrates, haben nur den Zweck, eventuelle Gesetzeswidrigkeiten von der Genehmigung auszunehmen, d. h. zu erklären, dass eine Norm dem kantonalen Recht oder Bundesrecht widerspreche verbunden mit der Anweisung, diese, materiell ohnehin nichtige Vorschrift, auch formell zu beseitigen.

Folgerichtig vermag denn auch die erfolgte Genehmigung übersehene Gesetzeswidrigkeiten nicht zu heilen⁵⁵. Abschliessend halten wir fest, dass die Genehmigung kein Konstitutiverfordernis für die Gültigkeit der autonomen Satzung ist, sondern zu den Aufsichtsmitteln gehört⁵⁶.

⁵¹ *Reinhardt*: a. a. O. S. 45. — Vgl. dazu auch die ausführliche Arbeit von *Kurt Stauber*: Die autonome Satzung, Diss. iur. Zeh. z. Zt. in Bearbeitung.

⁵² so BGE 51 I 148 und Entsch. v. 25. 11. 32 in ZBI 35, S. 83.

⁵³ so auch *Bütikofer*: a. a. O. S. 59.

⁵⁴ § 10 Abs. 2 GOG.

⁵⁵ Eine solche zu Unrecht erfolgte Genehmigung kann u. U. für die betr. Gemeinde unliebsame Folgen haben, besonders finanziell. Eine Haftung des Staates ist aber, ausgenommen der Fall grober Fahrlässigkeit, wohl nicht anzunehmen. Eine andere Frage ist die nach einer allfälligen Haftung des schuldhaft handelnden Beamten.

⁵⁶ auch *Reinhardt*: a. a. O. S. 49.

b) Der technische Vorgang der Normsetzung

Wiederum sollen hier nicht die Einzelheiten des Verfahrens behandelt werden, sondern es wird in wenigen Worten die Beschränkung der Autonomie durch gesetzliche Vorschriften auch auf diesem Gebiet skizziert. Für den Geschäftsgang der Gemeindeversammlung, wie dann auch für jenen der Gemeindebehörde, hat der Gesetzgeber verbindliche Normen aufgestellt. Es sind einerseits Minimalvorschriften, die das Einhalten von demokratischen Grundsätzen im Gemeindeleben sicherstellen wollen⁵⁷, anderseits werden Bürgerpflichten festgestellt, die dem Interesse des Staates am richtigen Funktionieren der Gemeinden Rechnung tragen⁵⁸, und schliesslich werden noch einige Details geregelt, die sich als Ausführungsvorschriften zu andern gesetzlichen Bestimmungen erkennen lassen⁵⁹.

III. Verwaltungsautonomie

1. Allgemeines

Wenn die Verfassungsautonomie als das vornehmste und charakteristischste Stück der Gemeindeautonomie angesehen werden kann, bedeutet die Verwaltungsautonomie, die wir der Selbstverwaltung gleichsetzen, deren wesentlichsten Teil in der Praxis. Sie besteht in der Setzung von Verwaltungsakten ohne staatliche Mitwirkung oder Einflussnahme. Ihre Garantie ergibt sich bereits aus der Verfassung, so für die Ortsgemeinden aus § 46 KV, für die Schulgemeinden aus § 48 KV und für die Kirchgemeinden aus § 58 KV, während die sachlich auf wenige Fragen beschränkte Verwaltungsautonomie der Munizipalgemeinden in § 5 Abs. 1 GOG niedergelegt ist. Wie wir bereits früher festgestellt haben⁶⁰, hat sich diese als Verwaltung qualifizierte Tätigkeit der Gemeinde innerhalb von Verfassung und Gesetz, aber auch im Rahmen der autonomen Satzungen der betreffenden Gemeinde zu entfalten.

⁵⁷ §§ 13 und 18, GOG.

⁵⁸ § 15, GOG.

⁵⁹ so wiederholen z.B. § 16 GOG teilweise § 8 WahlG, § 17 GOG den § 7 WahlG, § 18 GOG die §§ 9 Abs. 2 und 10 WahlG usw.

⁶⁰ siehe vorne S. 26.

2. Anwendungsgebiete

Da das thurgauische Gemeinderecht auf dem Grundsatz der Universalität des kommunalen Wirkungskreises aufgebaut ist⁶¹, wäre es gar nicht möglich, abschliessend alle Anwendungsgebiete der Verwaltungsautonomie aufzuzählen. Heisst Universalität der Gemeindeaufgaben für die «Gemeinde», dass sie jede, zu örtlicher Regelung geeignete Materie, selbständig durch allgemeine Normen ordnen kann, so bedeutet dieses Prinzip für die Gemeindebehörde nicht nur, dass sie alle von der «Gemeinde» erlassenen Normen vollziehen kann, sondern auch, dass von ihr die Anregung zum Erlass und die Ausarbeitung neuer Normen ausgeht.

Es würde für die Frage der Gemeindeautonomie keinen wesentlichen Gewinn bedeuten, wollte man hier alle Angelegenheiten anführen, die von allen oder auch nur wenigen Gemeinden zur Besorgung übernommen worden sind. Vielmehr sollen einzig jene Gebiete gestreift werden, in denen die staatliche Einmischung durch Verwaltungsbehörden besonders den Bestand der Autonomie bedrohen könnte.

A. Die Finanzverwaltung

Als Wesensbestandteil der Selbstverwaltung steht der Gemeinde auch das Recht zur Führung eines eigenen Finanzhaushaltes zu. Darin enthalten ist einerseits das Recht zur Erhebung von Steuern, die Steuerhoheit, und anderseits das Recht der Entscheidung über Ausgaben⁶², endlich aber auch die Verwaltung des Vermögens. Es braucht wohl nicht besonders betont zu werden, dass die Gemeindeautonomie nur dann einen Sinn haben kann, wenn ein Minimum an finanzieller Unabhängigkeit der Gemeinde vom Staat gewährleistet ist.

Bereits zeigt heute die Entwicklung mit dem immer lauter werdenden Ruf nach interkommunalem Finanzausgleich⁶³ und nach Subventionen, welch grosse Gefahr der Autonomie von dieser Seite her droht. Eine Lastenverteilung zwischen verschiedenen Gemeinden ist zwar durchaus ohne Mitwirkung des Staates denkbar, zu Subventionen jedoch wird sich der Kanton nur dann herbeilassen,

⁶¹ dies geht schon aus § 46 KV hervor. Vgl. hiezu vorne S. 26.

⁶² wegen seiner Wichtigkeit der «Gemeinde» zugewiesen, § 11, lit. d, GOG.

⁶³ Prot.RR 47. 2113. Ein warnendes Beispiel gibt *Imboden*, S. 22.

wenn er zur Verwendung der Gelder auch ein Wort mitreden kann. Es ist bedauerlich, dass die damit für die Gemeindeautonomie verbundenen Gefahren nicht genügend erkannt und berücksichtigt werden.

Nicht notwendigerweise, nach thurgauischem Recht aber durchaus anerkannt, haben die Gemeinden die Möglichkeit, einzelne ihrer Aufgaben, die sie nach Gesetz oder Gemeindereglement zu besorgen haben, durch gewerbliche Anstalten ausführen zu lassen, wobei auch die Erwerbsabsicht eine grössere oder kleinere Rolle spielen kann ⁶⁴.

Ist die Verwaltung, so auch die Finanzverwaltung, allgemein Sache der Gemeindebehörde, hat das Gesetz einige besonders wichtige Fragen zwingend der «Gemeinde» vorbehalten, insbesondere den Entscheid über Voranschlag und Steuerfuss ⁶⁵. Ebenso wird die Verantwortlichkeit der, den Gemeindehaushalt führenden, Behörde gesetzlich festgehalten ⁶⁶.

Es überrascht bei der Wichtigkeit des Finanzwesens nicht, dass der Staat, aus seinem Interesse an einer guten Gemeindeverwaltung heraus, den Gemeinden die Pflicht des jährlichen Rechnungsabschlusses auferlegt. Ja, es kommt nicht von ungefähr, dass er an dieser eigentlichen Schlüsselposition der gesamten Selbstverwaltung eine geschlossene Reihe von Kontrollen vorgesehen und eventuelle Lücken einer regierungsrätlichen Verordnung zur Ausfüllung überlassen hat ⁶⁷. Immerhin ist diese Kontrolle an die allgemeinen Schranken der Aufsicht gebunden und darf sich nur auf die Nachprüfung der arithmetischen und gesetzlichen Richtigkeit der präsentierten Rechnungen erstrecken.

Eine Durchbrechung erfährt dieses Prinzip allerdings durch die dem thurgauischen Gemeinderecht sonst fremde Regelung des § 44 GOG, wo die Verfügung der Gemeinde über ihr Grundstockvermögen nur mit der zustimmenden Mitwirkung des Regierungsrates möglich gemacht wird ⁶⁸.

⁶⁴ Auf die mit den Gemeindeanstalten zusammenhängenden Fragen kann hier nicht weiter eingetreten werden. — Vgl. § 10. Abs. 2 GOG.

⁶⁵ § 11, lit. d—h GOG.

⁶⁶ § 40 GOG.

⁶⁷ so § 43 GOG. Die in Aussicht gestellte VO des RR ist bis jetzt noch nicht erlassen. Vgl. VO RR z. GOG § 9.

⁶⁸ Darüber wird noch einiges bei Behandlung der Staatsaufsicht zu sagen sein. Siehe hinten, S. 77.

B. Polizeibefugnisse

Wenn heute die Polizei, als Mittel zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, durchaus vom Staate gehandhabt wird, so gibt es in unseren Verhältnissen immer wieder Gebiete, die eine spezielle Polizei erfordern. Es entspricht nun dem föderalistischen Prinzip unseres Staatswesens, dass diese sachlich und technisch beschränkten Polizeiaufgaben den Gemeinden übertragen werden. Wesentliche Unterschiede bestehen je nach Materie darin, ob eine bestimmte polizeiliche Aufgabe der Gemeinde zur selbstständigen Regelung überlassen sei, wie z. B. die Marktpolizei⁶⁹, oder ob die Gemeinde oder bestimmte Organe derselben nur die staatlichen Polizeinormen anzuwenden haben⁷⁰.

Je nachdem sind die Gemeinden befugt, die für die Erreichung des polizeilichen Zweckes nötigen Normen aufzustellen⁷¹, oder aber sie haben nur die staatlichen Normen anzuwenden.

Neben diesen speziellen Polizeibefugnissen steht der Gemeinde notwendigerweise das Recht zu, den, für die Abwicklung der Gemeindegeschäfte nötigen Ordnungsdienst selbst zu organisieren⁷².

Schliesslich ist noch die allgemeine, zur Anwendung der Gemeindereglemente unumgängliche, Kompetenz zur Aufstellung von polizeilichen Strafnormen anzuführen⁷³.

C. Verleihung des Bürgerrechts

Ohne hier auf die Grundfragen, das Wesen und die Bedeutung des Gemeindebürgerrechtes näher eintreten zu wollen — darauf kann umsomehr verzichtet werden, als bereits *Böckli* sich in seiner Arbeit⁷⁴ damit befasst hat — soll nur ein Wort über die Verleihung desselben gesagt werden, da es sich dabei zwar um einen

⁶⁹ § 39 GOG und § 5 Markt- und Hausiergesetz.

⁷⁰ z. B. § 2, Sonntagspolizei-G., § 3 d. G. ü. Gesundheitspflege u. Lebensmittel-polizei.

⁷¹ so ausdrücklich gesagt in § 39, Abs. 1, 2. Halbsatz.

⁷² gemeint ist hier vor allem die Versammlungspolizei, die der jeweilige Vorsitzende einer Gemeindeversammlung ausübt. Vgl. § 16 GOG. Daneben erstreckt sich diese Befugnis n. E. auch auf andere Handlungen, die die Rechtsetzung durch die Gemeinde zum Ziele haben, wie Urnenabstimmung usw.

⁷³ § 10 Abs. 3.

⁷⁴ *E. Boeckli*: Thurg. Bürgergde. S. 20 ff.

administrativen Akt, aber um einen der für den Fortbestand der Gemeindeautonomie wichtigsten handelt.

Die Verleihung des Bürgerrechts ist vorerst einmal ein individuell-konkreter Rechtsakt, ein Verwaltungsakt, der ein, mit dem Begriff des Bürgerrechts bezeichnetes, öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis schafft. Allerdings handelt es sich um einen Verwaltungsakt ganz besonderer Art, bewirkt er doch — unter anderem —, dass der Betreffende nicht mehr nur Normunterwerfener ist, sondern auch staatliche Organqualität bekommt⁷⁵. Dies, obwohl dann die Ausübung dieser Organfunktionen, dank unserer liberalen Staatsauffassung, gerade nicht an die Bürgergemeinde oder besser an die Gemeinde, die das Bürgerrecht erteilt hat, gebunden ist; ja es kann Fälle geben, wo ein politisches Recht völlig unabhängig ist von der Tatsache des Besitzes des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechtes, ja auch des Schweizerbürgerrechtes⁷⁶.

Abgesehen von diesen Spezialfällen kommt dem Gemeindebürgerrecht so grundlegende Bedeutung zu, dass es ohne weiteres einleuchtet, dass der kantonale Gesetzgeber diese Materie in verschiedener Hinsicht eingehend geordnet hat. Vor allem hat er den Inhalt des Gemeindebürgerrechts zwingend einheitlich vorschreiben müssen, da dieses laut Gesetz die Grundlage des Kantonsbürgerrechtes bildet⁷⁷. Im einzelnen betrachtet, wird die Gleichheit und damit aber die Einheitlichkeit der politischen Seite bereits durch den Grundsatz des Art. 4 BV gefordert. Aber auch der Anspruch auf «jederzeitige Duldung in der Gemeinde» muss als Prinzip für alle Gemeinden Geltung besitzen, wie derjenige auf «Ausstellung von Ausweisschriften»⁷⁸, der mit eine Grundbedingung für die Aktualisierung der Niederlassungsfreiheit bildet. Endlich entspricht es dem heutigen Wohlfahrtsstaat, dass den Gemeinden die Pflicht zur Armenfürsorge gesetzlich auferlegt wird, insbesondere aber auch gesagt wird, in welchen Fällen Armenunterstützung auszurichten sei⁷⁹. Bleibt der Gemeinde bei der Bestimmung des Inhalts des Gemeindebürgerrechtes kein Raum, so hat der Gesetzgeber auch für die Frage der Verleihung das wesentlichste selbst bestimmt.

⁷⁵ gemäss § 50 Abs. 1 GOG.

⁷⁶ je nach Gde. in Kirchenfragen, § 6 Kirchen-G, evang.

⁷⁷ § 49 GOG.

⁷⁸ § 50 Abs. 1 GOG.

⁷⁹ vor allem Armen-G §§ 7 und 11.

Die Gemeinde kann nur dort nach freiem Ermessen darüber befinden, ob sie einen Bewerber ins Bürgerrecht aufnehmen wolle oder nicht, wo der Betreffende keinen gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme besitzt. Ein solcher wird nun aber nicht nur den Kantons- und Schweizerbürgern bei Vorliegen von gewissen Minimalanforderungen gewährt⁸⁰, sondern auch Ausländern, allerdings unter wesentlich erschwerten Bedingungen⁸¹. Andererseits besteht nicht nur eine Pflicht zur Verleihung des Bürgerrechtes, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, sondern auch eine Pflicht die Aufnahme zu verweigern, wenn bestimmte Minimalansätze nicht erreicht werden⁸². Während sich hier der Staat vor unzuverlässigen Elementen schützen will, ist es dort sehr weit getriebener Liberalismus, der die Autonomie der Gemeinden beschränkt.

Die enge Verknüpfung von Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht demonstriert dann die als unfehlbare Sicherheitsmassnahme dienende Einrichtung des § 56 Abs. 1 GOG, wonach die Rechtswirksamkeit des Gemeindebürgerrechts erst eintritt, wenn auch das Kantonsbürgerrecht erteilt ist⁸³. Diese Tatsache, dass die Verleihung des Kantonsbürgerrechtes Konstitutiverfordernis für die Erteilung des Gemeindebürgerrechtes ist, kann natürlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bürgerrecht der Gemeinde das Grundlegende, dasjenige des Kantons das Akzessorische ist⁸⁴.

Selbstverständlich ist deshalb, dass immer dann die Verleihung durch die Gemeinde bereits das Bürgerrecht zur Entstehung bringt, wenn der Bewerber schon vorher das thurgauische Kantonsbürgerrecht besessen hat⁸⁵.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht auch für die schenkungsweise Verleihung nicht⁸⁶.

Umso mehr werden Spezialfälle, wie die Einbürgerung von Heimatlosen, Geduldeten und Findelkindern ausschliesslich durch die

⁸⁰ § 52 GOG.

⁸¹ § 53 GOG. — Als logische Konsequenz dieses Rechtsanspruch-Charakters, steht dem abgewiesenen Bewerber ein Rechtsmittel, das in § 54 vorgesehene Beschwerderecht an den RR, zu.

⁸² für die verschiedenen Fälle statuiert in §§ 51, 55, 60, 61, 62 GOG.

⁸³ § 56 Abs. 1 GOG.

⁸⁴ das geht ja auch aus § 49 GOG hervor.

⁸⁵ § 56 Abs. 1 und 2 GOG sowie § 7 Abs. 1 d. VO RR ü. Gde.bürgerrecht.

⁸⁶ § 60 GOG und § 7 Abs. 1 VO RR ü. Gde.bürgerrecht.

staatliche Gesetzgebung geregelt⁸⁷. Diese bestimmt auch einheitlich die Wirkung der Einbürgerung, insbesondere die Erstreckung auf weitere Familienangehörige, und die Formalien⁸⁸.

Einzig bei der Festsetzung der Einbürgerungstaxe bleibt den Gemeinden die bescheidene Befugnis, deren Höhe innerhalb der gesetzlichen Grenzen zu bestimmen, während die Verteilung dieser Gelder auf verschiedene Gemeinden und ihre Verwendung bereits wieder nach staatlichen Rechtssätzen erfolgen⁸⁹.

Bei der Entlassung aus dem Bürgerrecht reduziert sich die Mitwirkung der Gemeinden ebenfalls darauf, dass der Verzicht auf ein zweites, anderes Heimatrecht von ihrer Zustimmung abhängig gemacht wird.

Auch organisatorisch ist die Gemeinde nur insoweit frei, als sie, wo diese Einrichtung besteht, dem Gemeindeparlament die Verleihungsbefugnis übertragen kann; wo diese Möglichkeit fehlt, ist dazu nur die «Gemeinde», die Gesamtheit der Stimmberechtigten, zuständig⁹⁰.

D. Die Gemeindeanstalten

Nur kurz kann in diesem Zusammenhang auf eine bestimmte Frage, die der Zulässigkeit von Gemeindeanstalten, eingetreten werden.

Das thurgauische Gemeinderecht kennt zwar keine ausdrückliche Bestimmung, die den Gemeinden die Befugnis gäbe, einzelne ihrer Aufgaben durch besondere, anstaltsmässig organisierte Gebilde erfüllen zu lassen, sondern es geht einfach von der Tatsache aus, dass solche Anstalten bestehen⁹¹.

Diese Freiheit in der Wahl der Mittel bei der Durchführung ihrer Aufgaben steht der Gemeinde m. E. bereits auf Grund ihres Rechtes auf Selbstverwaltung zu. Wie wir bereits früher festgehalten haben⁹², findet dieses Recht der Gemeinde seine einzige Schranke an

⁸⁷ § 62 GOG.

⁸⁸ §§ 66 und 63 GOG.

⁸⁹ §§ 57 und 58 GOG.

⁹⁰ §§ 50 Abs. 1, 2. Satz und 50 Abs. 2 GOG.

⁹¹ so §§ 11, lit. f und 41 GOG. zum Begriff der Anstalt: *Fleiner*: Inst. S. 321. — *Buehler Werner*: Begriff und Formen, a. a. O. S. 33 ff. — *Weinzaps*: öff. Anst., a. a. O. S. 20 ff. *Hagmann Peter*: a. a. O., S. 37 ff.

⁹² siehe vorn S. 25, ebenso hinten S. 72.

Verfassung und Gesetz. Insoweit also der Gesetzgeber, der kantonale wie der eidgenössische, diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen hat, steht es der Gemeinde frei, dieselbe auszuschöpfen. Auch hier ist nicht die Beschränkung das Natürliche, Prinzipielle, sondern die Freiheit.

So besteht denn keinerlei Anlass, die Zulässigkeit von Gemeindeanstalten aus Art. 31 BV herleiten zu wollen, was übrigens auch falsch wäre⁹³.

Umstritten ist dann eigentlich erst die Frage, ob die Gemeinden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Monopole errichten dürfen. Einhellig wird ihr durch die herrschende Lehre diese Möglichkeit zugestanden in bezug auf die Errichtung faktischer Monopole⁹⁴. Andererseits würde ein Eintreten auf die umstrittene Frage der Zulässigkeit rechtlicher Monopole den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Rechtsprechung ist noch keine einheitliche Ansicht vorhanden⁹⁵. Das Bundesgericht hat sich bis heute noch nicht endgültig für die eine oder andere Lösung entscheiden können, obschon es in früheren Entscheiden der Ansicht *Burckhardt's* gefolgt war und Monopole dann zugelassen hat, wenn sie aus Gründen des öffentlichen Wohles errichtet worden waren⁹⁶. Wo hier die Grenzlinie zwischen Gemeindeautonomie und individueller Freiheitssphäre verläuft, darüber haben positives Recht und Rechtsprechung noch nicht entschieden.

IV. Rechtsprechungskompetenzen

Als weitere Möglichkeit der autonomen Betätigung einer Gemeinde kommt endlich die richterliche Tätigkeit in Betracht.

Während früher ein wesentlicher Bestandteil der Freiheit der Städte die eigene Gerichtsbarkeit gewesen war, ist diese Aufgabe heute ausschliesslich eine solche des Staates.

Auch rein technisch kommt die Gemeinde bei der Dezentralisierung der Rechtspflege wegen ihrer Kleinheit nicht mehr in Be-

⁹³ Vgl. *Reinhardt*: Gemeindeautonomie, a. a. O. S. 84. — *Werner Buehler*: a. a. O. S. 143.

⁹⁴ *Fleiner*: Bundesstaatsrecht, S. 382. — *Reinhardt*: a. a. O. S. 85. — BGE 40 I 194.

⁹⁵ näheres darüber bei *Reinhardt*: a. a. O. S. 85.

⁹⁶ *Burckhardt*: Kommentar z. BV, S. 228. — BGE 40 I 192 und 48 I 251.

tracht. Das unterste Organ in der Justizorganisation ist im Kanton Thurgau der Friedensrichter, ein Beamter des Kreises, des nächsthöheren Verbandes nach der Gemeinde.

Eine unbedeutende Rechtsprechungskompetenz, wenn man überhaupt diesen Ausdruck verwenden darf, bildet die Befugnis der Gemeinde, gegen die Verletzung ihrer Reglemente Strafen auszufällen ⁹⁷.

§ 7. Schranken der Gemeindeautonomie

Wie sich bereits weiter vorn bei der begrifflichen Betrachtung herausgestellt hat ¹, findet die Gemeindeautonomie ihre einzige Schranke an Verfassung und Gesetz. So sagt es klar und unmissverständlich die Garantierklärung des § 5 Abs. 1 GOG.

Wo und wie weit nun Schranken dieser Autonomie bestehen, haben wir, ausgehend vom Inhalt derselben, bei der Verfolgung der Grenzlinie zwischen beiden Bereichen feststellen können, ohne dass wir uns allerdings auf Einzelheiten hätten einlassen wollen ².

Hier handelt es sich nur noch darum, aufzuzeigen, was unter «Verfassung und Gesetz» zu verstehen ist. Einmal darf die autonome Betätigung nicht gegen eine Bestimmung der KV oder eines kantonalen Gesetzes verstossen, wobei Verfassung und Gesetz nicht nur in einem formellen Sinne — dies natürlich vor allem —, sondern auch in einem materiellen Sinne verstanden werden. So wird regelmässig die Gemeindeautonomie auch durch Rechtsverordnungen, die generell-abstrakte Normen enthalten, aber nicht vom Gesetzgeber ausgehen, beschränkt. Dies natürlich nur dann, wenn dieser Normsetzer innerhalb seiner gesetzlichen Zuständigkeit gehandelt hat. Dass die Gemeindeautonomie auf jede andere Weise nicht beschränkt werden kann, dass insbesondere das Aufsichtsrecht des Regierungsrates keine Beschränkungsbefugnis enthält, braucht nicht besonders betont zu werden ³.

⁹⁷ Befugnis aus § 10 Abs. 3 GOG. — Vgl. *Giacometti*: Staatsrecht d. Kantone, S. 80.

¹ siehe vorn S. 24 ff.

² siehe vorn S. 41 ff. — Vgl. dazu *Althaus*: a. a. O. S. 70. — *Bütikofer*: a. a. O. S. 123. — *Liver*: a. a. O. S. 47. — *Olgiati*: a. a. O. S. 33. — *Reinhardt*: a. a. O. S. 28. Anders *Engeler*: Gemeindefinanzenwesen, S. 10 — Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes: 16—81, 16—527, 30 I 78, 38 I 141, 51 I 143, 52 I 353, 53 I 469, 57 I 175 und andere, sowie Z Bl 14 S. 99.

Neben der kantonalen Rechtsordnung bildet aber auch diejenige des Bundes eine Schranke der Gemeindeautonomie. Wenn einerseits die Rechtsetzung der Kantone durch den Grundsatz «Bundesrecht bricht kantonales Recht»⁴ in die Schranken der Rechtsordnung des Bundes gewiesen wird, und anderseits die Gemeinden nur innerhalb der kantonalen Gesetzgebung selbständig sind, so ergibt sich zwangsläufig diese weitere Einengung der kommunalen Selbstbestimmung.

Dabei fällt unter den Begriff des Bundesrechts nicht nur die BV und die darauf fussende Gesetzgebung, sondern nach der heutigen Praxis auch die verfassungswidrige Gesetzgebung, wie sie während und nach dem letzten Kriege von Bundesversammlung und Bundesrat unter den verschiedensten Bezeichnungen erlassen worden ist⁵.

Im Wesen der Gemeindeautonomie als einer beschränkten Freiheitssphäre liegt es, dass Gemeindeakte, die eine Ueberschreitung der gesetzten Schranken bedeuten, ursprünglich nichtig sind. Dies braucht gar nicht ausdrücklich in einem Gesetz ausgesprochen zu werden. Daran kann aber ebensowenig eine Genehmigung durch eine kantonale Behörde etwas ändern.

Schliesslich liesse sich noch der Fall denken, wo eine kantonale Norm dem Bundesrecht widerspricht, und auf dem gleichen Gebiet noch eine kommunale Regelung besteht. Entspricht hier die autonome Regel dem kantonalen Recht, so ist auch sie bundesrechtswidrig und genau wie die kantonale Norm nichtig. — Widerspricht aber ihrerseits die Gemeindenorm dem nichtigen kantonalen Recht, entspricht aber dem Bundesrecht, so muss sie als gültig anerkannt werden, da die Tatsache, dass sie einer bundesrechtswidrigen und deshalb nichtigen kantonalen Norm widerspricht, für die Gültigkeit der autonomen Norm unerheblich ist. Denn ein solcher nichtiger kantonaler Rechtssatz kann weder formell noch materiell zur kantonalen Rechtsordnung gezählt werden, so dass ihm auch nicht die Wirkung einer rechtlichen Schranke der Gemeindeautonomie zukommen kann⁶.

⁴ Art. 2 UeB z. BV.

⁵ vgl. darüber *Giacometti*: Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945.

⁶ Vgl. dazu BGE 52 I 363.

§ 8. Die Staatsaufsicht

Grundlegend ist auch für das thurgauische Recht, dass die Staatsaufsicht nicht eine Schranke der Gemeindeautonomie darstellt, sondern nur die Einhaltung ihrer Schranken gewährleisten soll¹. Mit andern Worten: die Staatsaufsicht wird von der Dienstaufsicht unterschieden².

Die Staatsaufsicht ist gewissermassen die charakteristische Ergänzung der Gemeindeautonomie, sie erstreckt sich sachlich auch nur soweit wie jene. So unterstehen grundsätzlich alle Selbstverwaltungsaufgaben, jede autonome Betätigung der Gemeinde, der staatlichen Aufsicht, aber eben nur dieser ausschliesslich als Rechtskontrolle ausgeübten Staatsaufsicht³.

Bereits in der KV ist die Oberaufsicht, zwar nicht allgemein, sondern nur für ganz bestimmte Angelegenheiten, geregelt⁴. Dabei ist vor allem die föderalistische Grundhaltung bezeichnend, wie sie aus der einschränkenden Umschreibung des § 47, Abs. 1, 2. Halbsatz spricht. Wie bereits in diesem Paragraphen die Gemeindeautonomie für die spezielle Frage der Verwaltung der Gemeindegüter ausgesprochen wird, so wird im gleichen Satze, auch im Sinne einer Anweisung an den Gesetzgeber, eine Beschränkung der «Oberaufsicht der Staatsbehörden» auf ganz bestimmte Massnahmen formuliert.

I. Die Aufsichtsorgane

1. Der Bezirksrat

Unmittelbare und unterste Aufsichtsbehörde ist der Bezirksrat⁵. Er ist grundsätzlich zur Ueberwachung der gesamten kommunalen Tätigkeit befugt, soweit diese nicht speziell der alleinigen Aufsicht einer andern Behörde unterstellt ist. Dabei ist er nur die unterste Instanz der Aufsichtsbehörden und als solche den Anordnungen der vorgesetzten Behörde unterworfen.

¹ In diesem Sinne auch *Bütikofer*: a. a. O. S. 123.

² deutlich in § 45 GOG.

³ wiederum § 45 Abs. 1 und § 46, Abs. 1 GOG.

⁴ §§ 47 und 39, Z. 3 und 5 sowie 36, lit. 1 KV.

⁵ so bereits in § 43 KV, dann auch näher in § 45 GOG.

Seine Aufgabe besteht vorwiegend in einer Ueberprüfung oder Begutachtung⁶.

2. Der Regierungsrat

Eine in wesentlichen Fragen wichtige Aufsicht führt der Regierungsrat kraft Verfassungsbestimmung⁷. In erster Linie beschränkt er sich dabei auf die Oberaufsicht, indem er sich auf die Berichte und Anzeigen⁸ der Bezirksräte stützt. Daneben kann er die Aufsicht auch unmittelbar selbst ausüben überall dort, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist. Normalerweise schreitet der RR nur ein auf die Anzeige des Bezirksrates oder die Beschwerde eines Privaten⁹.

3. Der Grosse Rat

Wenn bei der Regelung der Aufsicht im GOG der Grosse Rat nur in einem speziellen Falle, dem des Entzuges der Selbstverwaltung, als Genehmigungsinstanz genannt ist¹⁰, so muss doch auch er als Aufsichtsbehörde angesprochen werden. Schon aus § 36, lit. 1 KV ergibt sich, dass, wenn er die Tätigkeit aller Behörden soll beaufsichtigen können, ihm diese Befugnis auch gegenüber den Gemeindebehörden zustehen muss. Das selbe Resultat erhalten wir aber auch, wenn wir davon ausgehen, dass er die Kontrolle der Geschäfte des Regierungsrates ausübt und dabei natürlich auch dessen Oberaufsicht über die Gemeinden nachprüfen kann. Normalerweise erscheinen denn auch in den Rechenschaftsberichten des Regierungsrates an den Grossen Rat die wesentlichsten Streitfälle, die durch die Oberaufsichtsbehörde zu entscheiden waren¹¹.

II. Die Aufsichtsmittel

In der herrschenden Lehre wird unterschieden zwischen präventiven und repressiven Aufsichtsmitteln. Dieser Unterscheidung

⁶ §§ 45, Abs. 2 und 44.

⁷ für die Frage der Gemeindegüter § 39 Ziff. 3, zweiter Halbsatz, für verschiedene Aufgaben § 39, Ziff. 4 und 5 KV.

⁸ § 45, Abs. 2 GOG statuiert diese Pflicht des Bezirksrates.

⁹ siehe hinten im gleichen § III.

¹⁰ § 46 Abs. 2.

¹¹ z. B. RB RR 1944/S. 4. — 1947/S. 7 und 277. — 1948/S. 7 und 295. — 1949/S. 7. — 1950/S. 4 und 301.

kommt nicht nur klassifikatorische Bedeutung zu, sondern sie steht in einem nahen Verhältnis zur Autonomie der Gemeinden.

Ein Aufsichtsmittel kann verbindlich oder unverbindlich sein. Ohne die praktisch wesentliche Bedeutung der unverbindlichen Mittel wie Aufstellung von Musterbeispielen für Gemeindereglemente, Belehrung oder Ermahnung zu übersehen, befassen wir uns hier nur mit den verbindlichen Aufsichtsmitteln, da nur diese eine eventuelle Gefährdung der Gemeindeautonomie bedeuten können.

Präventiv (und verbindlich) ist eine Massnahme, wenn eine Handlung des Beaufsichtigten erst dann rechtswirksam wird, wenn sie durch eine Aufsichtsinstanz geprüft und genehmigt worden ist, der Genehmigung also konstitutive Wirkung zukommt. Eine solche präventive Kontrolle ist, wenn sie auf Rechtsfragen beschränkt sein soll, nicht nötig, da ja eventuelle Rechtswidrigkeiten ohnehin nichtig sind und keine Rechtswirkung entfalten können, so dass eine nachträgliche repressive Massnahme genügt, um diese nichtige Bestimmung oder Verwaltungsakt auszumerzen. Würde sich diese präventive Kontrolle auch auf Ermessensfragen erstrecken, dann wäre die Autonomie durchbrochen. Diese Aufsicht wäre dann nicht mehr Staatsaufsicht, sondern Dienstaufsicht, das Ermessen der Aufsichtsbehörde würde dasjenige der beaufsichtigten Gemeinde ersetzen¹².

Die Form der präventiven Aufsicht ist mit der Gemeindeautonomie unvereinbar¹³ und deshalb auch dem thurgauischen Recht fremd¹⁴.

Eine scheinbare Ausnahme davon besteht in der konstitutiven Wirkung der regierungsrätlichen Genehmigung im Falle des § 44 GOG. Immerhin fällt auf, dass diese Bestimmung nicht unter dem Titel «Aufsicht» figuriert. Und in der Tat finden wir die Lösung in der Verfassung: in § 47 Abs. 2 KV hat der Verfassungsgesetzgeber die Aenderung der Zweckbestimmung der Gemeindegüter der Autonomie der Gemeinden entziehen wollen. Da er sich aber der Einsicht nicht hat verschliessen können, dass eine Verewigung der Zweckbestimmung dieser Güter nicht unter allen Umständen zu verwirklichen oder überhaupt wünschbar wäre, hat er sich entschlos-

¹² vgl. *Reinhardt*: a. a. O. S. 55.

¹³ dies gilt wie bereits gesagt nur für verbindliche Aufsichtsmittel.

¹⁴ unter Vorbehalt des folgenden.

sen, im zweiten Absatz des § 47 eine diesbezügliche Möglichkeit offen zu lassen.

Statt nun aber selbst für diese «Veränderung in der Zweckbestimmung», die naturgemäss und auch nach dem Sinn des Verfassungstextes durch die Gemeinde vorgenommen wird, bereits bestimmte Klauseln aufzustellen oder diese Aufgabe dem gewöhnlichen Gesetzgeber zu überlassen, überträgt der Verfassungsgeber dem Regierungsrat die Kompetenz, einfach durch individuelle Norm im einzelnen Falle darüber zu entscheiden.

Trotzdem macht diese Bestimmung deutlich, dass wir es hier nicht mit einer Tätigkeit der Aufsicht zu tun haben, sondern dass die Aufgabe des Regierungsrates eigentlich eine gesetzgeberische ist.

Vielgestaltig in ihren Formen sind schliesslich die repressiven Aufsichtsmittel, so dass hier nur einige besonders wichtige Typen betrachtet werden können.

Der weitaus häufigste Fall wird, neben den informatorischen, die eigentlich nur technische Hilfsmittel sind, die Genehmigung von Gemeindeakten durch die Aufsichtsbehörde sein, der keine konstitutive, sondern rein deklaratorische Wirkung zukommt¹⁵. Dazu gehört allerdings, dass die Aufsichtsinstanz die Aufhebung eines beanstandeten rechtswidrigen, und deshalb nichtigen, kommunalen Aktes verlangen kann. Dies ist jedoch nur eine Ordnungsbefugnis, die an ihrem rein deklaratorischen Charakter nichts ändern kann.

Daraus, dass die Gemeinden auch Staatsorgan und damit Teil der staatlichen Verwaltung sind, folgt eine gewisse Disziplinarstrafbefugnis der Aufsichtsbehörden über die Organe der Gemeinden¹⁶. Eine solche Massnahme kann naturgemäss nur gegen einen bestimmten Einzelbeamten ausgesprochen werden, nicht aber gegen eine ganze Behörde¹⁷. Solche Disziplinarstrafen, in Form von Bussen, werden verhängt, wenn eine Verfehlung, d. h. aber ein Verstoss gegen die Verfassung oder ein Gesetz durch den betreffenden Beamten begangen worden ist. Ueberall, wo ein Beamter der Gemeinde in Ausübung seiner Funktion als Organ der staatlichen Verwaltung gehandelt hat, kann eine Disziplinarstrafe auch ausgesprochen werden, wenn er gegen eine Verordnung des Regierungsrates oder sonst

¹⁵ *Bütikofer*: a. a. O. S. 126.

¹⁶ §§ 45 Abs. 1 und 46 GOG.

¹⁷ dies folgt aus § 45 Abs. 1, 2. Satz GOG.

eine Anweisung einer seiner vorgesetzten Behörden verstossen hat. Zweck dieser Disziplinar massnahmen ist es ja, den Beamten zu bestrafen und ihn zu hindern, dass er seine ihm auferlegten Pflichten verletzt.

Keine Disziplinarbefugnis steht jedoch den Aufsichtsorganen zu für Fälle, in denen eine Kommunalbehörde gegen ein Gemeinde-Reglement handelt, denn die Autonomie der Gemeinde erstreckt sich nicht nur darauf, ein Reglement zu erlassen, sondern dieses auch anwenden zu können. Eben diesem Reglement bleibt es vorbehalten, zu bestimmen, wie gegen eine Missachtung durch die anwendende Behörde zu verfahren sei.

Anstelle von Disziplinarbussen können auch andere Massnahmen treten, wie aus § 46 Abs. 1, 3. Satz GOG hervorgeht. Obwohl diese nicht ausdrücklich in ihrer Art umschrieben werden, dürfen darunter, wenigstens für die Aufsichtsgewalt des Regierungsrates, eine Sammlung abgestufter Massnahmen ähnlich derjenigen, die in § 11 Abs. 2 des Kanzleireglementes aufgestellt ist, gemeint sein¹⁸.

Eine weitere, angesichts ihrer allgemeinen Umschreibung und ihrer Tragweite, äusserst schwerwiegende Befugnis wird dem Regierungsrat in § 46 Abs. 2 in die Hand gegeben. Hier hat der Gesetzgeber bewusst, allerdings nur für die zwei extremsten Fälle, den der Widerspenstigkeit und den der Misswirtschaft¹⁹, für die betreffende Gemeinde die Möglichkeit der Suspension ihrer Autonomie vorgesehen, in der Weise, dass der Regierungsrat generell ermächtigt wird, die «zur Abhilfe geeigneten Massnahmen» zu treffen.

Nach allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien soll zwar ein solcher Eingriff in eine Freiheitssphäre nur so weit gehen, als es der zu erreichende Zweck mit Notwendigkeit erfordert²⁰. Dies ergibt sich übrigens auch aus dem Erfordernis der «nachträglichen Genehmigung» durch den Grossen Rat, die für die gänzliche Suspension der Selbstverwaltung, die Bevormundung der Gemeinde, eingeholt werden muss. Hiezu sind noch einige Bemerkungen anzubringen.

Relativ einfach liegt der Fall, wo eine Gemeinde Misswirtschaft

¹⁸ aus der noch nicht sehr umfangreichen Praxis des Regierungsrates etwa Prot. RR 1948/1144 und 1269.

¹⁹ so § 46 Abs. 2, 1. Satz GOG.

²⁰ wie bei den persönlichen Freiheitsrechten.

treibt²¹. Hier wird die Funktionsfähigkeit der Gemeinde, die Erfüllung ihrer Aufgaben in Frage gestellt, wobei auch staatliche Interessen in weitem Masse bedroht werden. Es liegt aber ebenso im Sinne einer gesunden Autonomie, dass dort, wo eine Gemeinde nicht mehr aktionsfähig ist, der Staat «die zur Abhülfe geeigneten Massnahmen» trifft. Offen ist hier nur einerseits die Frage, wann eine solche «Misswirtschaft» vorliegt, und anderseits, welches die «geeigneten Massnahmen» zu deren Sanierung sind²². In beiden Fällen besitzt der Regierungsrat einen weiten Spielraum freien Ermessens.

Wesentlich unbestimmter ist die Kompetenz des Regierungsrates im Falle, wo «Anordnungen der Aufsichtsbehörden» ... «beharrlich» nicht befolgt werden. Obwohl hier keinerlei Beschränkung auf bestimmte wesentliche Anordnungen statuiert wird, dürfen diese sicher nicht selbst verfassungs- oder gesetzwidrig sein. Es ist natürlich undenkbar, dass mit Hilfe dieses § 46 Abs. 2 GOG die Gemeindeautonomie ausser Kraft gesetzt werden könnte, durch eine «Anordnung», die ihrerseits die verfassungsmässig gewährleistete Autonomie verletzt.

Voraussetzung ist hier nicht eine blosse Nichtbefolgung dieser Anordnungen, sondern eine qualifizierte, beharrliche Weigerung²³. Etwas merkwürdig mutet jedoch an, dass diese Weigerung nicht unbedingt von der Gemeinde als solcher, d. h. von ihrem obersten Organ, der Gesamtheit der stimmberechtigten Einwohner, ausgehen muss, sondern dass bereits eine solche der Gemeindebehörde genügt. Gewiss wird für einen Fall zeitlicher Dringlichkeit nicht noch zuerst der Entscheid der Gemeindeversammlung herbeigeführt werden können, für den Normalfall jedoch ist diese Möglichkeit, das höchste Gemeindeorgan übergehen zu können, indem auf Grund einer Verfehlung einer untern Gemeindebehörde eine so schwerwiegende Massnahme gegen die Gemeinde als solche getroffen werden kann, eine grosse Gefahr für die Autonomie als solche.

²¹ wie in den Fällen der BGE vom 3. September 1949 in Z Bl 51 S. 423 und BGE 30 I 78 ff.

²² Wann ein solcher Eingriff zulässig ist und welches das Vorgehen ist, kann etwa ersehen werden aus BGE 30 I 78, BGE vom 3. 9. 49 in Z Bl 51 (1950) S. 423, sowie in BGE 27 I 219 und BGE in Z Bl 14 S. 99.

²³ Dies hat das Bundesgericht besonders ausgesprochen in BGE 20 S. 809 und 30 I 78 ff.

In all diesen Fällen²⁴ steht dem Regierungsrat die Kompetenz zu, in der Frage der Gemeindeautonomie von der Verfassung abzuweichen. Es liegt im Wesen des Rechtsstaates, dass eine so weitgehende und von relativ wenigen Voraussetzungen abhängige Befugnis nur im Sinne einer temporären Massnahme ausgeschöpft werden darf, und gegen den Missbrauch dieser Kompetenz die nötigen Rechtsmittel gegeben sind.

III. Die Beschwerde

Im Zusammenhang mit den Aufsichtsmitteln und doch wieder gesondert von ihnen ist hier die Beschwerde, wie sie das kantonale Recht kennt, einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Die Beschwerde im Sinne des GOG²⁵ ist das Recht jedes Einzelnen, einen konkreten kommunalen Akt, durch den er in seinen rechtlichen Interessen betroffen wird, wegen Rechtswidrigkeit, d. h. wegen Widerspruchs gegen Verfassung, Gesetz, Verordnung oder genereller Gemeindenorm²⁶, beim Regierungsrat anzufechten. Es handelt sich m. a. W. um ein individuelles Rechtsmittel, das sich gegen alle Gemeindeerlasse richtet, ohne Rücksicht, ob diese von der Gemeindeversammlung oder einer Gemeindebehörde i. e. S. ausgehen.

Beschwerdegrund ist nur die behauptete Gesetzwidrigkeit²⁷, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Rechtsaktes.

Die Beschwerdeinstanz übt hier eine besondere Art von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, die *Hirzel*²⁸ als «aufsichtsrechtliche Administrativjustiz» bezeichnet. Diese Umschreibung hat insofern ihre Berechtigung, als das Aufsichtsmoment mitspielt, unrichtig wäre es jedoch, die Beschwerde einfach zu den Aufsichtsmitteln zählen zu wollen²⁹.

²⁴ des § 46 Abs. 2.

²⁵ § 47 Abs. 1 GOG.

²⁶ «grundsätzlichem Gemeindebeschluss» nach GOG.

²⁷ ebenso *Reinhardt*: a. a. O. S. 76, so auch im Falle, dass ein Gemeindebeschluss offensichtlich über die Zwecke der Gemeinde hinausgeht. Die Beschwerde ist aber keine Schranke für die Gemeindeautonomie, wie *Bütikofer*, S. 117 annimmt.

²⁸ *Hirzel*: Staatsaufsicht, a. a. O. S. 100.

²⁹ Damit würde eine wesentliche Seite, die des Individualrechtsschutzes übersehen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse dort, wo die Beschwerde durch einen oder mehrere Stimmberechtigte³⁰ oder durch die Gemeindebehörde erhoben wird³¹. Hier handelt es sich nicht um eine solche, die gegen den Eingriff in eine konkrete, individuelle Freiheits-sphäre gerichtet ist, sondern mehr nur um eine «Anzeige»³². Diese ist anderseits dahin qualifiziert, dass sie nicht Popularbeschwerde ist, sondern nur Personen offensteht, die kommunale Organqualität besitzen. Sie ist deshalb kein Rechtsmittel³³ und auch an keine Frist gebunden³⁴.

Wenn das thurgauische Recht diese beiden Arten von «Beschwerden» nicht auseinanderhält, so folgt es damit nur dem schlechten Vorbild anderer Kantone³⁵. Richtigerweise könnte § 48 GOG nur für die Beschwerde als individuelles Rechtsmittel Geltung beanspruchen, nicht aber für die «Anzeige», da diese nur ein Hilfsmittel sein soll für die von Amtes wegen zu führende Aufsicht³⁶.

§ 9. Rechtsschutz der Gemeindeautonomie

I. Der kantonale Rechtsschutz

Wie jedes andere Freiheitsrecht ist auch die Gemeindeautonomie der Gefahr ausgesetzt, missachtet zu werden. Fähig, die Gemeindeautonomie zu verletzen, sind, gemäss unserer Begriffsbildung in § 4 dieser Arbeit, alle staatlichen Organe mit Ausnahme des Verfassungsgesetzgebers bei einer Totalrevision der Verfassung. Der Rechtsschutz geht nun aber wesentlich weniger weit; verständlicherweise, da im Thurgau Verfassungsgesetzgeber für die Total- wie für die Partialrevision der Verfassung, ja auch gewöhnlicher Gesetzgeber identisch sind¹. Zudem ist praktisch eine Verletzung der Gemeindeautonomie durch das Volk selbst nicht zu befürchten.

³⁰ § 47, Abs. 1 GOG.

³¹ § 47, Abs. 2 GOG.

³² So Reinhardt: a. a. O. S. 58.

³³ Am gleichen Ort. — a. A. Fleiner: Bundesstaats-R., S. 229.

³⁴ BGE v. 6. 6. 1924 in Monatsschrift f. bern. Verw. R, Bd. 22, S. 251.

³⁵ So in Solothurn, § 94 GG, zit. nach Reinhardt: a. a. O. S. 58.

³⁶ aus der Praxis des RR etwa: RR Prot. 1946/107 + 1224. — 1947/143. — 1948/651. + 1144. — 1949/577 + 956. — 1950/1229. — 1951/1074.

¹ Im Thurgau hat das Volk nicht nur über neue Verfassungsgesetze, sondern auch über alle gewöhnlichen Gesetze zu entscheiden. § 4, Abs. 1, lit. a. KV.

Wesentlich wird das Schutzbedürfnis erst gegenüber den Organen der Verwaltung und der Aufsicht.

Weder das thurgauische Gemeinderecht noch ein anderes Gesetz sieht nun einen kantonalen Rechtsschutz der Gemeindeautonomie vor. Gewiss steht dem Grossen Rat nach der Bestimmung des § 36 lit. 1 der KV das Recht und die Pflicht der «Ueberwachung des Geschäftsganges aller Behörden» zu, und es wäre praktisch durchaus denkbar, durch eine Anzeige die Aufmerksamkeit dieser obersten Aufsichtsbehörde auf eine begangene Verletzung der Gemeindeautonomie hinzulenken².

II. Der bundesrechtliche Rechtsschutz der Gemeindeautonomie³

Wenn uns das Fehlen eines eigentlichen kantonalen Rechtsschutzes für ein so wesentliches Freiheitsrecht etwas überrascht hat, so werden wir reich entschädigt bei Betrachtung der Bedeutung, die das Bundesgericht in konstanter, sicherer Praxis diesem Grundpfeiler des föderativen Aufbaus unseres Staatswesens beigegeben hat. Wie wir noch sehen werden, hat das Bundesgericht nur dahin gelangen können, dass es die Gemeindeautonomie nicht nur als objektives Recht angesehen, sondern auch als verfassungsmässiges subjektives Recht von autonomen Körperschaften anerkannt hat⁴.

Es gilt nun, anhand des positiven Rechts Voraussetzungen und Form des eidgenössischen Rechtsschutzes der Gemeindeautonomie im Einzelnen zu betrachten.

1. Materielle Voraussetzungen

Der hier in Frage stehende Rechtsschutz des Bundes beruht auf der Gewährleistung der kantonalen Verfassungen einerseits und der-

² So etwa die Eingabe der Ortsvorsteher der Munizipalgemeinde Sirnach vom 7. Oktober 1948 an den Grossen Rat wegen der drohenden Abtrennung einer neuen Munizipalgemeinde Münchwilen. Vgl. dazu auch BGE auszugsweise abgedruckt in Z Bl 50 S. 440 ff. Es handelt sich aber hier nicht um einen eigentlichen Rechtsschutz und nicht um ein Rechtsmittel. Vgl. *Geiger*: a. a. O. S. 146. Ueber den in der nachträglichen Genehmigung des § 46, Abs. 2 GOG liegenden rechtlichen, sowie über den politischen Schutz spricht *Geiger*: a. a. O. S. 165 ff.

³ Neuerdings dazu auch *Birchmeier*: a. a. O. S. 121 ff. und *Geiger*: a. a. O. S. 183 ff.

⁴ Dies wird teilweise auch in der Theorie anerkannt. So *Kirchhofer*: Legitimation, a. a. O. S. 138. — Ebenso *Hirzel*: Staatsaufsicht, a. a. O. S. 254. Anderer Ansicht sind: *Giacometti*: Staatsrecht d. Kt., S. 164. — Und *Reinhardt*: Gde.-autonomie, a. a. O. S. 96.

jenigen der verfassungsmässigen Rechte anderseits durch die Eidgenossenschaft⁵. Grundvoraussetzung für die Gewährung dieses Schutzes ist das Vorliegen eines verfassungsmässigen Rechtes.

Als verfassungsmässiges Recht anerkennt das Bundesgericht jedes durch Bundes- oder Kantonsverfassung garantierte, im Interesse eines Einzelnen — natürliche oder juristische Person — aufgestellte Recht. Für die Theorie, die einen engeren Begriff des verfassungsmässigen Rechtes kennt, bleibt denn immer ein Restbestand von durch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Verfassungsrechten, die in den engen Rahmen ihrer Definition nicht mehr hineinpassen⁶. Dies alles aber nur deshalb, weil ein subjektives-öffentliches Recht⁷ nur dort anerkannt wird, wo eine Verfassungsbestimmung überwiegend, «in erster Linie»⁸, im Interesse des Individuums aufgestellt ist.

Bei einer solchen Begriffsbestimmung ist nicht nur das Resultat unbefriedigend, sondern auch das verwendete Kriterium erscheint als problematisch. Es gelingt nämlich der herrschenden Lehre nicht, eine klare Grenzlinie zu ziehen, wann eine Bestimmung überwiegend Individualinteressen schütze.

Diese Ausscheidung systematisch vornehmen zu wollen, ist so fruchtlos wie überflüssig. Das Bundesgericht stellt denn bei der Prüfung dieser Frage nicht darauf ab, ob das Individualinteresse das öffentliche Interesse — gleich welcher Art — überwiege, sondern darauf, ob eine Bestimmung nach ihrem Sinne überhaupt das Interesse eines Einzelnen in wesentlichem Masse schützen kann und soll⁹.

Ganz eindeutig gelöst ist diese Frage bei den Grundrechten, d. h. nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, jenen Freiheitsrechten, «die dem Einzelnen gegenüber dem Staate eine freie Sphäre des Verhaltens garantieren»¹⁰. Trotzdem allgemein die überragende Bedeutung dieser Grundrechte für unser Staatswesen aner-

⁵ Art. 84, Abs. I, lit. a, OG.

⁶ *Bernheimer*: Verf.mässige Rechte, a. a. O. S. 123, anders S. 100.

⁷ Auf die Theorie der subj.-öff. Rechte kann hier nicht eingetreten werden. Ausführungen darüber bei *Bernheimer*: a. a. O. S. 39—42.

⁸ *Bernheimer*: a. a. O. S. 42.

⁹ So die Rechtsprechung in BGE 46 I 477 und BGE in Prax. 10 N. 25. — Ebenso die Theorie: *Kirchhofer*: Legitimation, a. a. O. S. 148 — und *Giacometti*: Vfg. Gerichtsbarkeit, a. a. O. S. 58.

¹⁰ *Kirchhofer*: a. a. O. S. 148.

kannt wird, gehen die Meinungen über deren rechtliche Tragweite doch noch weit auseinander¹¹. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die für eine Betrachtung des positiven Rechts allein massgebend sein muss, werden die Freiheitsrechte als absolute Schranken der kantonalen Staatsgewalt, also auch für den Gesetzgeber, betrachtet¹².

Dass sich bei der heutigen Rechtslage der Bund, soweit er als Gesetzgeber auftritt, nicht an diese Schranken zu halten hat, hängt mit der Unüberprüfbarkeit der Bundesgesetze durch das Bundesgericht zusammen¹³. Diese Ausnahme widerspricht natürlich dem ganzen Wesen der Grundrechte und erklärt sich aus der geschichtlichen Betonung der Legislative vor der Rechtsprechung. Die heutige rechtspolitische Tendenz geht dagegen eher in der Richtung einer Erstreckung der richterlichen Kontrolle auch auf Bundesgesetze¹⁴.

Untersuchen wir die bundesgerichtliche Rechtsprechung danach, wie die Gemeindeautonomie qualifiziert wird, so sehen wir, dass auch sie die Autonomie als «individuelles Recht der Gemeinde» angesehen hat¹⁵. Ja in richtiger Einschätzung der Autonomie ist

¹¹ Dies zeigte sich insbesondere bei der Behandlung des Themas: «Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte» anlässlich der Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins im Jahre 1936, abgedruckt in ZSR nF 55 S. 1a ff. — So führte *Hans Huber* in seinem Referat u. a. aus: «Trotzdem die Freiheitsrechte in der Schweiz als echte Individualrechte aufgefasst werden, haben sie aber nicht die Fassung von Rechtssätzen.» (so ZSR nF 55 S. 142 a.) oder «Wenn die Freiheitsrechte anwendbares Recht sein sollen, wie es der schweizerischen Auffassung entspricht, so muss vor der Anwendung der Verfassungsrichter eine Aufgabe erfüllen, die nicht Auslegung ist, eine Aufgabe, die in Frankreich der Gesetzgeber vollbracht hat: er muss die Freiheitsrechte in Rechtssätze umgiessen.» (so ZSR nF 55 S. 143a.)

Einen, der schweizerischen Auffassung der Freiheitsrechte näheren, Standpunkt nahm *A. Favre* in seinem Referat: «L'évolution des droits individuels de la constitution». ZSR nF 55 Seite 291a ff. insbesondere auf S. 319a. — Ebenso *Schindler*: ZSR nF 55 S. 683a: «Im übrigen glaube ich, dass die Garantie der individuellen Verfassungsrechte durch das Bundesgericht einer der wertvollsten Bestandteile unseres öffentlichen Rechts ist.» (Votum in d. allg. Diskussion).

¹² *Giacometti*: Staatsrecht Kt., a. a. O. S. 164.

¹³ Art. 113, Abs. 3 BV.

¹⁴ so setzte sich *Fleiner* energisch für die Einführung der bundesgerichtlichen Ueberprüfung ein; Schw. Bundesstaatsrecht, a. a. O. S. 443.

¹⁵ so *Kirchhofer*: Legitimation, a. a. O. S. 157. Die Rechtsprechung hierüber ist konstant: vgl. BGE 6 I 232, 19 I 119, 22 I 28, 33 I 369, 34 I 472, 40 I 278, 48 I 109. — Eine andere Meinung vertritt allerdings die Lehre, die die Gemeindeautonomie nur als Kompetenz qualifiziert und den Streit wegen deren Verletzung

auch die Voraussetzung, dass die Gemeindeautonomie ausdrücklich in der Kantonsverfassung garantiert sein müsse, fallen gelassen worden. Ueberall dort, wo das Gemeinderecht eines Kantons auf dem Grundsatz der Gemeindeautonomie aufgebaut ist, kommt dieser der Charakter eines verfassungsmässigen Rechtes zu, auch wenn die Garantie nur in einem gewöhnlichen Gesetz untergebracht sein sollte. In den betreffenden Entscheiden¹⁶ sagt zwar das Bundesgericht nicht ausdrücklich, warum es hier dieses formell nur gesetzeskräftige Recht als verfassungsmässig-garantiertes schützt. Der Gedanke, der dieser Rechtsprechung zugrunde liegt, kann aber nur der sein, dass ohne Rücksicht auf die formelle Seite nur auf die materielle Tragweite, den grundrechtlichen Charakter der Autonomie, abgestellt wird. Unvorstellbar wäre eine solche Auffassung, wenn unter Gemeindeautonomie nur ein organisatorisches Prinzip verstanden würde¹⁷. Damit lehnt aber das Bundesgericht auch den Begriff des verfassungsmässigen Rechts, wie er von der herrschenden Lehre aufgestellt worden ist¹⁸, als zu eng ab.

Wenn das Bundesgericht für den Schutz der «gewöhnlichen» verfassungsmässigen Rechte das formelle Requisite — ausdrückliche Bestimmung der Verfassung — beibehält, für den Schutz der Gemeindeautonomie aber darauf verzichtet, so kann das m. E. nur den Sinn haben, dass die Gemeindeautonomie ein Grundrecht, und deshalb qualitativ den «gewöhnlichen» Verfassungsrechten überlegen sei.

Vor Bundesgericht findet denn auch die thurgauische Gemeindeautonomie den Schutz als verfassungsmässiges Recht¹⁹.

demgemäss als Kompetenzkonflikt. So besonders *Giacometti*: Staatsrecht d. Kt. S. 75 und Vfg.gerichtsbarkeit, S. 161. — Aber auch *Huber* schreibt in seinem Referat zum Juristentag 1936 (ZSR nF 55 S. 133a): «... die Gemeindeautonomie ist ein organisatorisches Prinzip des objektiven Rechts, und ein Streit über die Gemeindeautonomie ist gleich einem Streit zwischen Bund und Kanton als Meinungsverschiedenheit über objektives Recht zu achten.», und weiter: «Die Behandlung der Gemeindeautonomie als Individualrecht in der schweizerischen Praxis entspricht freilich dem geschichtlichen Werdegang.» Gerade davon wollen wir aber ausgehen. — Ebenso *Bütikofer*: a. a. O. S. 58.

¹⁶ 46 I 384 und 52 I 361 Erw. 3. Vgl. auch 40 I 279, 42 I 191 und 58 I 242.

¹⁷ wie die herrschende Lehre dies tut. Vgl. oben S. 88.

¹⁸ *Bernheimer*: Vfg.mäss.Rechte, a. a. O. S. 126.

¹⁹ diese war an und für sich nie bestritten. Vgl. BGE 52 I 359.

2. Formelle Voraussetzungen

Im Gegensatz zu den materiellen Momenten, wie sie Art. 84 OG enthält, von denen das Bundesgericht nur die Behauptung, nicht aber den Beweis verlangen kann, da es diese Frage des Bestandes und der Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes als Hauptfrage eben erst materiell zu entscheiden hat²⁰, stehen die formellen Voraussetzungen des Art. 88 OG, die auch unter dem Marginale «Legitimation» zusammengefasst sind.

Nur mit einem Wort sei hier darauf hingewiesen, dass die herrschende Lehre in Konsequenz ihrer materiellen Begriffe auch die Frage der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde nicht hat lösen können²¹.

Die gesetzliche Regelung in Art. 88 OG sieht nun folgende notwendige Elemente vor:

A. Der Beschwerdeführer muss ein «Bürger» (Privater) oder eine «Korporation» sein.

Nach der Praxis wird diese Bestimmung dahin erweitert, dass entweder ein Einzelner oder eine juristische Person rekurrieren muss²².

Zur Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie ist denn naturgemäss in erster Linie die Gemeinde legitimiert. Eine Frage des kantonalen Rechts bleibt es, zu bestimmen, wem der Entscheid über die Erhebung des staatsrechtlichen Rekurses in der Gemeinde zusteht. Wenn deshalb sehr oft die Führung des Prozesses der Gemeindebehörde überlassen wird, so darf diese doch nie im eigenen Namen rekurrieren, sondern immer in dem der Gemeinde, denn die Behörde als solche ist, weil keine juristische Person, nach Bundesrecht²³ nicht legitimiert. Immerhin ist das Bundesgericht bei der Prüfung dieser Frage ziemlich entgegenkommend, indem es, wenn nicht ausdrücklich das

²⁰ Kirchhofer: Legitimation, a. a. O. S. 141 und 147 ff.

²¹ Hans Huber schreibt in seinem Referat (ZSR nF. 55 S. 180a): «Es gibt überhaupt kein Kriterium, um die Legitimation zu bestimmen.» — Ähnlich Burckhardt in ZBJV 1934, S. 37.

²² Giacometti: Vf.ger.barkeit, a. a. O. S. 160 und Kirchhofer: Legitimation, a. a. O. S. 140.

²³ Art. 88 OG.

Gegenteil gesagt wird, annimmt, dass eine Behörde nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreterin der Gemeinde Klage erhoben habe²⁴.

Neben der Gemeinde selbst sind aber nach einer, allerdings schwankenden, Praxis des Bundesgerichtes auch einzelne Bewohner einer Gemeinde legitimiert, wobei bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen²⁵.

B. Vorliegen einer Rechtsverletzung.

Da diese Frage, ob eine Rechtsverletzung vorliege, eben erst durch das Bundesgericht entschieden werden muss, kann diese Bestimmung nur den Sinn haben, dass der Rekurrent «eine ungünstige Gestaltung der Rechtslage...» «zufolge des angefochtenen Aktes»²⁶ erlitten hat. Auch diese Frage ist, wie jene über das Vorliegen eines verfassungsmässigen Individualrechtes, materieller Natur²⁷.

Die Legitimation der Gemeinde ist in dieser Hinsicht meist unbestritten, sobald sie eine Verletzung der Gemeindeautonomie geltend machen kann.

Anders liegen die Dinge, wo ein Einzelner als Rekurrent auftritt. Auch für ihn bejaht die Praxis die Legitimation, einmal dann, wenn es sich um einen stimmberechtigten Einwohner der in ihrer Autonomie verletzten Gemeinde handelt, da dadurch auch sein Recht auf Mitwirkung bei der Selbstbestimmung der Gemeinde ausser Funktion gesetzt wird²⁸. M.E. kann aber das Vorliegen eines weiteren verfassungsmässigen Rechtes des rekurrierenden Bürgers²⁹ nicht massgebend sein für die Legitimation zur Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, eines Rechtes, das ja nicht dem Bürger als solchem, sondern der Gemeinde zusteht.

Diese durch die Praxis gegebene Möglichkeit kann nur verstanden werden als zusätzlicher Schutz der Gemeindeautonomie, und zwar im Sinne einer wesentlichen Erleichterung. Ja, man ist so-

²⁴ u. a. BGE 29 I 203, 51 I 143, 52 I 359.

²⁵ diese siehe unten gleiche Seite ff.

²⁶ Kirchhofer: Legitimation, a. a. O. S. 160.

²⁷ Birchmeier: a. a. O. S. 127.

²⁸ So BGE 71 I 311, 74 I 112 u. 176. Vgl. dazu Bernheimer: Vfg. mässige Rechte, a. a. O. S. 102.

²⁹ Hier des Stimm- und Wahlrechtes.

weit gegangen, dass man überhaupt jedem Einwohner einer Gemeinde ein Beschwerderecht zugestanden hat, unter der einzigen Voraussetzung, dass dieser eine Verletzung seiner persönlichen Interessen geltend machen könne³⁰.

Dadurch wird aber die Gemeindeautonomie praktisch zu einem verfassungsmässigen Recht jedes einzelnen Gemeindeangehörigen gemacht und damit ihrem Wesen entfremdet.

Neuerdings schränkt das Bundesgericht diese freie Auffassung wieder ein, indem es rechtlich geschützte Interessen fordert³¹, was auch dem deutschen Text des Art. 88 OG entspricht.

Andererseits wird immer wieder und mit Recht betont, dass die staatsrechtliche Klage keine Popularklage sei, das öffentliche Interesse also keinen Legitimationsgrund bilde³².

Etwas völlig anderes ist natürlich die Frage der Zulassung der staatsrechtlichen Beschwerde einzelner Aktivbürger wegen Verletzung ihrer staatsbürgerlichen Rechte³³. Dies fällt aber ausserhalb des Gebietes unserer Betrachtung.

C. Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges.

Obwohl die Gemeindeautonomie in den diesbezüglichen Art. des OG nicht ausdrücklich erwähnt ist, muss nach dem Zweck dieser Bestimmung³⁴ überall dort Erschöpfung der kantonalen Rechtsmittel verlangt werden, wo überhaupt eine solche kantonale Möglichkeit besteht. Der Sinn dieses Grundsatzes ist vor allem prozess-ökonomischer Natur.

³⁰ So sagte das Bundesgericht selbst allgemein in BGE 48 I 83: «Diese» (nämlich die Praxis des Bundesgerichtes) «hat den staatsrechtlichen Rekurs von jeher regelmässig zugelassen, sobald jemand die Verletzung einer Verfassungsbestimmung behauptet und feststeht, dass er dadurch in seinen Interessen gekränkt worden ist.» Ähnlich in anderen Entscheiden, z. B. BGE 42 I 27 Erw. 1, 42 I 191, 46 I 383 oder 55 I 110. Vgl. dazu auch *Kirchhofer*: Artikel in SJZ 30 S. 239.

³¹ so in seinem neuesten Entscheid: BGE 74 I 379. Vgl. dazu *Kirchhofer*: Artikel in SJZ 30 S. 240.

³² erneut in BGE 74 I 167.

³³ *Kirchhofer*: Legitimation, a. a. O. S. 161.

³⁴ Art. 86 Abs. 2 OG. Vgl. dazu *Reinhardt*: Gemeindeautonomie, a. a. O. S. 101.

Dritter Abschnitt

DIE GARANTIE DER GEMEINDE

§ 10. Bestand der Gemeinde

I. Garantie der Institution

Nachdem wir bereits bei der Betrachtung der Gemeindeautonomie die Frage der institutionellen Garantie kurz gestreift haben¹, müssen wir hier auch noch ein Wort sagen zur Garantie der Gemeinde selbst. Wie wir gesehen haben, sind im Thurgau die beiden Begriffe Gemeinde und Gemeindeautonomie untrennbar verbunden.

Im thurgauischen Recht finden wir verschiedene Gemeinden als solche garantiert: einmal die politischen Gemeinden, Orts- und Munizipalgemeinde, sowie die Schulgemeinde in § 44 Abs. 1 KV, dann die Kirchgemeinde in § 58 KV. Dagegen bleiben die Bürgergemeinden, die bis 1946, d. h. bis zum Inkrafttreten des neuen GOG, ebenfalls Gemeinderang besessen haben, neuerdings nur noch als öffentlichrechtliche Korporationen anerkannt, was indirekt aus § 44 Abs. 2 KV, seinem Wortlaut und seiner Stellung, hervorgeht.

Die institutionelle Garantie der thurgauischen Gemeinde ist nun wie jene der Gemeindeautonomie² von einer besonderen Tragweite. Wenn der thurgauische Souverän im 7. Abschnitt der KV den Gemeinden, neben dem Regierungsrat und den Bezirksbehörden, einen besonderen Titel eingeräumt hat, so hat er damit zum Ausdruck bringen wollen, dass er die Form der Dezentralisation des Staates durch die Gemeinden für ebenso unabänderlich habe festlegen wollen, wie die Institution eines Regierungsrates, m. a. W. dass eine Beseitigung der Gemeinde als Institution nur im Wege der Totalrevision der KV vorgenommen werden könnte³.

¹ siehe vorne S. 41.

² siehe vorne S. 43.

³ dies wird zwar praktisch nicht vorkommen..

II. Garantie der Existenz der einzelnen Gemeinde

Eine Gemeinde kann begriffsmässig auf verschiedene Weise in ihrer Existenz bedroht werden. So kann sie theoretisch ihr Gebiet verlieren, oder aber, was praktisch schon näher liegt, ihre Einwohner. Diese letztere Frage ist nicht nur in abgelegenen Tälern des Tessins, sondern bei gewissen thurgauischen Gemeinden aktuell⁴, würde aber an sich das Thema einer besonderen Arbeit bilden.

In diesem Zusammenhang ist denn einzig auf die Frage einzutreten, ob eine bestimmte Gemeinde gegen einen staatlichen Vernichtungsakt gefeit sei. Es ist selbstverständlich, dass aus der allgemeinen Garantie der Gemeinde als Institution hergeleitet werden kann. Ebenso wenig vermag aber auch die Gemeindeautonomie eine Gemeinde vor dem Untergang zu bewahren⁵. Vielmehr handelt es sich hier um eine besondere Frage, auf die die Verfassung oder Gesetzgebung eine Antwort geben muss.

Das thurgauische Recht kennt eine solche Garantie nur für die Ortsgemeinden, und auch für sie nur in beschränkter Form⁶. Der Verfassungsgesetzgeber hat eben den ehemaligen Bestand an Gemeinden keineswegs verewigen wollen. Eine Veränderung in der Gebietseinteilung, d. h. hier eine Vereinigung oder Trennung von Gemeinden ist nun auf zweierlei Art möglich.

Einerseits kann die Gemeinde ihre eigene Existenz selbst aufgeben wollen, indem sie sich z. B. einer grösseren anschliesst. Immerhin wird eine solche Vereinigung nach eigenem Willen erst rechtskräftig durch Beschluss des Grossen Rates⁷. Seltener wird der Grosse Rat nach dieser Bestimmung von sich aus eine Veränderung im Gemeindebestand herbeiführen.

Andererseits besteht die wesentlichste, und deshalb vielumstrittene Neuerung des GOG v. 1.4.44 darin, dass der Grosse Rat, auch ohne die Zustimmung aller Beteiligten, Gemeinden zwangsweise vereinigen oder trennen kann⁸. Nur nach hitzigen Auseinander-

⁴ bei gewissen Miniaturbürgergemeinden. Beispiele bei *Fisch*, ZBl 1946, S. 86. Beispiele in RR Prot. 1946 2676. — 1949 1349. — 1950/762 und 1523 und 5112, sowie BGE 28 I 141.

⁵ vgl. BGE v. 14. 7. 1949, Original S. 24.

⁶ § 45 Abs. 1 KV.

⁷ das ist der Sinn des § 2 Abs. 1 GOG.

⁸ § 2 Abs. 2 GOG.

setzungen ist diese Möglichkeit, Mißstände, die sich aus dem Dualismus zwischen Orts- und Munizipalgemeinde vor allem ergeben haben, zu beseitigen, geschaffen worden, und nur für den Fall, dass sich eine solche Massnahme als unumgänglich aufdrängt⁹.

Von Gesetzes wegen vereinigt werden Gemeinden, d. h. eine Orts- und eine Munizipalgemeinde, wenn sie sich über das nämliche Gebiet erstrecken¹⁰. Die neue Einheitsgemeinde übernimmt die Organisation der Munizipale und die Aufgaben beider Gemeinden¹¹.

Eine ausdrückliche Bestandesgarantie für die einzelne Gemeinde kennt das thurgauische Recht nur für die Ortsgemeinde und nur in dem eben gezeigten beschränkten Masse.

III. Garantie des Gebietes einer einzelnen Gemeinde

Hier bleibt nur noch die Frage, ob die Grenzen der Gemeinden unverrückbar seien, und wenn nicht, wer über Veränderungen zu befinden habe.

Beim Stand der thurgauischen Gebietsverhältnisse ist eine Verewigung des gegenwärtigen Zustandes nicht denkbar. Grundsätzlich bleibt es den Gemeinden überlassen, ihre Grenzen durch gegenseitige Vereinbarung zu verschieben. Zu ihrer Rechtsgültigkeit bedürfen aber solche Uebereinkünfte der regierungsrätlichen Genehmigung¹².

Aber auch hier hat sich der Staat die Möglichkeit vorbehalten, unter gewissen Voraussetzungen eine «Grenzregulierung» auch ohne Zustimmung der beteiligten Gemeinden durchzuführen¹³. Sobald es sich dabei aber um eine Gebietsabtretung von grösserem Umfang handelt, eine Gemeinde also «erheblich» benachteiligt ist, muss ihre Zustimmung nachgesucht werden. Die Gebietsverkleinerung wird zu einer Existenzbedrohung und es müssen die hiefür erforderlichen erhöhten Bedingungen erfüllt werden¹⁴.

⁹ vgl. BGE v. 14. 7. 1949, Original, S. 26 ff., auszugsweise wiedergegeben in ZBl 50 S. 440 ff.

¹⁰ § 45 Abs. 2 KV.

¹¹ § 33 Abs. 1 GOG.

¹² Dieser Normalfall ist in § 3, 1. und 2. Satz ausgesprochen. GOG.

¹³ Fall der «Grenzregulierungen» in § 3, 3. Satz GOG. Beispiele in RR Prot. 1946/2676. — 1949/1349. — 1950/762 + 1523 und 5112, sowie BGE 38 I 141.

¹⁴ jene des § 2 Abs. 1, sofern nicht der Ausnahmefall des § 2, Abs. 2 GOG vorliegt.

Vierter Abschnitt:

DER THURGAUISCHE GEMEINDEDUALISMUS

Einleitung:

Wenn wir bereits zu verschiedenen Malen der Zweiheit von politischen Gemeinden, Orts- und Munizipalgemeinden, begegnet sind, so gehört es nicht nur zu einer ausführlichen Darstellung des thurgauischen Gemeinderechts, sondern auch zu dieser knappen Arbeit über die thurgauische Gemeindeautonomie, dass die wesentlichsten Probleme, die mit diesem Dualismus zusammenhängen, gesondert betrachtet werden.

Wäre einerseits das Bild der thurgauischen Gemeinde und ihrer Autonomie unvollständig, wollte man diese Zweiheit unberücksichtigt lassen, so hat sich andererseits Eugen *Bühler* in seiner, zur Zeit noch unveröffentlichten juristischen Dissertation dieses thurgauischen Phänomens angenommen, so dass wir uns hier auf einige Grundprobleme beschränken können.

§ 11. Die Ortsgemeinde

Bereits früher ist darauf hingewiesen worden, dass die Zweiheit von politischen Gemeinden, für deren Entstehung zwar andere, hier nicht zu erörternde, Gründe verantwortlich waren, die äussere Form geliefert hat, die beiden Wirkungskreise zu trennen¹. So ist der Ortsgemeinde der eigene Wirkungskreis, die «gesamte Ortsverwaltung»², als Tätigkeitsfeld zugewiesen. Sie erscheint somit als der Typus einer reinen Gemeinde, die nur Gemeinde, d. h. autonome Körperschaft, nur Träger der Selbstverwaltung und nicht zugleich Organ der Staatsverwaltung ist. Auch heute noch besteht diese prinzipielle Ausscheidung, die in ihrer Form so einzigartig ist, gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift³. Der Regierungsrat hat denn in seiner Botschaft zum neuen GOG⁴ auch gebührend hervorgehoben, dass sich diese «Arbeitsteilung» bewährt habe, und eine Zusammenlegung, eine von vielen gewünschte «Vereinfachung» durch

¹ siehe vorne S. 29.

² § 46 Abs. 1 KV.

³ §§ 6 + 7 GOG. Vgl. auch vorne S. 29.

⁴ Botschaft RR z. GOG, S. 4 ff.

Verzicht auf Orts- oder Munizipalgemeinde nicht in Frage kommen könne.

Der Gesetzgeber hat sich nach ausgedehnten Auseinandersetzungen über diese Frage damit begnügt, die Möglichkeit zu schaffen, dort, wo eine strenge Ausscheidung der beiden Wirkungskreise in der Praxis zu unzulänglichen Verhältnissen führen müsste, die bestehende Kompetenzausscheidung abzuändern. Im übrigen hält er aber am Prinzip der Aussonderung der beiden Wirkungskreise fest, so dass grundsätzlich die von der Ortsgemeinde besorgten Angelegenheiten als eigene angesehen werden können⁵.

Etwas Eigenartiges ist auch das Verhältnis der Ortsgemeinde zur Munizipale. Trotzdem die Munizipalgemeinde normalerweise mehrere Ortsgemeinden umfasst, ist sie logisch dieser nicht übergeordnet, sondern gleichgestellt. Historisch gesehen ist im Gegenteil die Ortsgemeinde die ältere und die Schaffung von Munizipalgemeinden hatte vor allem den Zweck, die bestehenden Ortsgemeinden je zu einer höheren Verwaltungseinheit zusammenzufassen⁶. Sie allein genießt den verfassungsmässigen Schutz ihres Gebietes, wenn derselbe heute auch nicht mehr absolut ist⁷. Auf die Stellung der Ortsgemeinde in der Frage der Ausscheidung der Aufgaben zwischen ihr und der Munizipale sei hier auf das bereits Gesagte verwiesen⁸.

§ 12. Die Munizipalgemeinde

Die für das thurgauische Gemeindewesen charakteristische Munizipale ist als Institution in der Verfassung garantiert, gleichzeitig mit Orts- und Schulgemeinde. Trotzdem steht sie nicht in gleicher Weise neben der Ortsgemeinde, wie etwa die Schul- oder Kirchengemeinde, sondern ist ihrerseits ein höherer Verband, da sie sich meist aus mehreren Ortsgemeinden zusammensetzt, also eine Art «Gesamtgemeinde»⁹, anderseits steht sie doch der Ortsgemeinde wieder koordiniert, als Trägerin des fremden Wirkungskreises gegenüber.

⁵ ohne dass darin ein sachliches Kriterium erblickt werden könnte.

Vgl. vorne S. 35.

⁶ § 44 Abs. 1 KV und § 1 Abs. 1 GOG. — § 45 Abs. 1 KV.

⁷ durch die Bestimmung des § 2 Abs. 2 GOG. Vgl. vorne S. 96.

⁸ siehe vorne S. 46.

⁹ wie sie das deutsche Recht kennt. Vgl. *Gierke*: Genossenschaftsrecht, a. a. O. S. 800. — «Sammtgemeinde».

Gerade diese Tatsache, dass ihr grundsätzlich keine eigenen Aufgaben zustehen, obwohl auch ihr die Autonomie gewährleistet ist, lässt sie als ein so eigenartiges Gebilde erscheinen. Ohne die mannigfachen Aufgaben der Munizipale zu übersehen, ist nicht sie, sondern die Ortsgemeinde, nicht der Gemeindeammann, sondern der Ortsvorsteher als wesentlicher und tiefer verwurzelt zu betrachten¹⁰.

Etwas besonderes ist denn auch die Autonomie der Munizipale. Wir haben gesehen¹¹, dass ihr grundsätzlich keine eigenen Aufgaben zustehen, ihre Tätigkeit also rechtlich nur als dezentralisierte Staatsfunktion erscheint. Trotzdem kann die auch für sie garantierte Gemeindeautonomie¹² sich nicht in einer bloss organisatorischen Autonomie erschöpfen. Wäre das nicht der Fall, würde ja die Uebertragung von Aufgaben, die die Ortsgemeinde autonom erfüllt hatte, auf die Munizipalgemeinde¹³ bewirken, dass diese Angelegenheiten zu solchen der Staatsverwaltung würden.

Dies entspricht nun aber nicht den heute herrschenden Verhältnissen. Einmal ist nicht einzusehen, dass eine Aufgabe deshalb, weil eine einzelne Ortsgemeinde zu schwach oder ungeeignet ist, sie zu erfüllen, zu einer staatlichen werden soll. Andererseits wäre es absurd, sich eine Staatsverwaltung vorzustellen, die sich in gewissen Materien nur auf bestimmte Gemeinden erstrecken würde, denen die Bürde zu schwer gefallen wäre. Wo wäre da die Rechtssicherheit, wenn die gleiche Frage in einem Teil der Gemeinden nur der Rechtsaufsicht, im andern auch der Ermessensaufsicht des Staates unterstellt wäre.

So ist denn auch die Autonomie der Munizipalgemeinde, gleich derjenigen der Ortsgemeinde, ein prinzipiell umfassendes — hier nur virtuelles — Recht auf Selbstbestimmung.

Schliesslich ist noch mit einem Wort zu erwähnen, dass das Gebiet der Munizipalgemeinde, im Gegensatz zu dem der Ortsgemeinde, nicht garantiert ist.

Für alle andern speziellen Probleme, die sich aus diesem thurgauischen Gemeindedualismus ergeben, sei auf die bisher allerdings unveröffentlichte Arbeit von Eugen *Bühler* verwiesen.

¹⁰ Botschaft RR z. GOG, S. 5 Mitte.

¹¹ siehe vorne S. 29.

¹² § 5, 1. Satz GOG.

¹³ nach § 7 GOG.

LEBENS LAUF

Am 19. Februar 1926 wurde ich in Stein am Rhein geboren. Meine Jugendzeit verlebte ich in Eschenz (Thg.), wo ich auch die Primar- und zwei Jahre lang die Sekundarschule besuchte. Im Frühjahr 1940 trat ich ins Gymnasium der Kantonsschule in Frauenfeld ein, wo ich im Sommer 1944 die Matura Typus A bestand. Mit zwei Semestern an der Universität Lausanne begann ich mein juristisches Studium. Auf das Wintersemester 1945 liess ich mich an der Universität Zürich immatrikulieren. Nach mehrmaligem Unterbruch durch Militärdienst schloss ich am 28. Mai 1951 mit dem mündlichen Teil des Doktorexamens ab.

